

12*

[illegible]

1895.

ЭНЦИКЛОПЕДІЯ ПРАВА

съ приложеніемъ

краткаго очерка исторіи философіи права.

ЛЕКЦІИ,

читанныя въ военно-юридической академіи

штатнымъ преподавателемъ

Д. Д. Гриммомъ.

ИЗДАЛЪ

Штабсъ-Капитанъ ХАРТУЛАРИ.

1914

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Типо-Литографія инженера Гершуна. Офицерская, 8.
1895.

Печатано съ разрѣшенія Начальника военно-юридической академіи.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ВВЕДЕНІЕ.

ЭНЦИКЛОПЕДІЯ ПРАВА.

Отдѣлъ I.

Общая характеристика правовыхъ явленій.

Отдѣлъ II.

Ученіе объ объективномъ правѣ.

Глава III. Главные виды правъ.

Глава IV. Условія возникновенія, измѣненія, перехода и прекращенія правъ.

Глава V. Осуществленіе и защита права.

Отдѣлъ IV.

Примѣненіе права.

Приложеніе.

Главные моменты исторіи философіи права.

Глава I. Философія права въ древности и средніе вѣка.

Глава II. Философія права въ новое время.

Введенie.

§ 1. О познанiи *).

Вопросъ о цѣляхъ и задачахъ энциклопедiи права и объ отношенiи ея къ другимъ юридическимъ наукамъ до сихъ поръ составляетъ предметъ оживленнаго спора.

По мнѣнiю однихъ, энциклопедiя не имѣетъ никакого самостоятельнаго значенiя, она должна дать только краткiй конспективный обзоръ содержанiя спецiальныхъ юридическихъ наукъ, ознакомить начинающихъ съ важнѣйшими проблеммами, которыя въ деталяхъ разрабатываются ими.

По мнѣнiю другихъ, энциклопедiя напротивъ имѣетъ весьма обширныя самостоятельныя задачи: пользуясь данными, доставляемыми спецiальными юридическими дисциплинами, въ качествѣ сыраго матерьяла, она должна синтезировать этотъ матерьялъ, построить на немъ общее ученiе о правѣ.

Чтобы разобраться въ этомъ спорѣ, намъ необходимо прежде всего уяснить себѣ задачи и методы научнаго изслѣдованiя вообще и задачи и методы соцiальныхъ наукъ, къ которымъ принадлежатъ и науки юридическiя, въ особенности. Этимъ опредѣлится и нашъ взглядъ на задачи энциклопедiи права.

Сверхъ того предварительное ознакомленiе съ указанными общими вопросами облегчитъ намъ и вторую нашу задачу,—критическiй обзоръ отдѣльныхъ философскихъ системъ права, выработанныхъ выдающимися мыслителями древности и новаго времени.

Мы начнемъ съ самыхъ общихъ вопросовъ, разрѣшенiе которыхъ въ томъ или въ другомъ смыслѣ опредѣляетъ постановку всѣхъ остальныхъ. Вопросы эти могутъ быть формулированы такъ: что такое познанiе? и что такое наука?

---

*) Паульсенъ, введенiе въ философiю.

Каждый изъ этихъ вопросовъ въ свою очередь порождаетъ рядъ новыхъ проблеммъ, которыя послѣдовательно вытекаютъ одна изъ другой и безъ разрѣшенія которыхъ немыслимо создать сколько нибудь прочный базисъ для дальнѣйшихъ нашихъ разсужденій.

1) И такъ, что такое познаніе? Начнемъ съ конкретныхъ примѣровъ. Огонь согрѣваетъ. Люди смертны. Вода состоитъ изъ соединенія водорода и кислорода.

Все это утвержденія, при помощи которыхъ мы выражаемъ добытое нами тѣмъ или инымъ путемъ знаніе объ окружающихъ насъ явленіяхъ. Что же общаго въ этихъ и во всѣхъ подобныхъ имъ утвержденіяхъ? Съ внѣшней, формально-логической стороны это—*сужденія*. Съ внутренней, матерьяльной стороны мы устанавливаемъ въ данномъ случаѣ извѣстную *связь* между двумя или нѣсколькими представленіями, напр. представленіе объ огнѣ соединяется съ представленіемъ о согрѣваніи, представленіе о людяхъ съ представленіемъ о смерти и. т. д. Если это такъ, то познаніе слѣдуетъ опредѣлить, какъ *установленіе связи* между извѣстными представленіями при помощи сужденія.

И такъ, познаніе выражается въ сужденіяхъ и заключается въ установленіи связи между извѣстными представленіями (именно такими, которыя логически не вытекаютъ одно изъ другаго).

2) Надъ какимъ же матерьяломъ оперируетъ наша познавательная дѣятельность, въ чемъ заключаются объекты ея?

Вопросъ этотъ имѣетъ громадное практическое значеніе. Мы видѣли, что познаніе состоитъ въ установленіи связи между извѣстными представленіями.

Но представленія сами по себѣ суть чисто психическіе акты, это—воспроизведенныя ощущенія. Ощущенія же, очевидно, происходятъ не внѣ насъ, а въ насъ самихъ. Отнимите данное внѣшнее чувство, напр. зрѣніе или осязаніе, и тотчасъ же отпадаетъ соотвѣтствующій рядъ ощущеній, а вмѣстѣ съ тѣмъ и представленій. Представьте себѣ, что вы лишились всѣхъ пяти чувствъ,—и внѣшній міръ для васъ уже не существуетъ.

Стало быть, о существованіи внѣшняго міра мы судимъ только на основаніи нашихъ пяти чувствъ и вызванныхъ ими ощущеній, т. е. на основаніи внутреннихъ, психическихъ данныхъ. Какую же мы имѣемъ гарантію, что все то, что мы называемъ внѣшнимъ міромъ, не есть миражъ? что нашимъ психическимъ процессамъ

дѣйствительно соотвѣтствуетъ объективная реальность внѣ насъ? Если же такого соотвѣтствія нѣтъ, или если оно не можетъ быть доказано, то что же остается? Остается только сознаніе моего я, слагающагося изъ совокупности состояній сознанія, изъ пестрой смѣны чисто личныхъ, субъективныхъ впечатлѣній. Выходитъ, что каждый можетъ быть увѣренъ только въ одномъ, въ собственномъ существованіи,—существованіе всего остальнаго болѣе чѣмъ сомнительно, представляетъ, быть можетъ, только игру его воображенія.

Какъ тутъ быть? Какъ примирить этотъ повидимому неопровержимый выводъ съ нашей глубокой увѣренностью въ томъ, что не наше я единственно сущее, что міръ есть не только наше представленіе, что объективная реальность не ограничивается нами, а существуетъ и внѣ насъ?

Простѣйшій исходъ заключается конечно въ томъ, что самый вопросъ о существованіи внѣшняго міра не возбуждается вовсе, а самое это существованіе считается внѣ спора, не подлежащимъ доказательству. Такъ поступаетъ *наивный реализмъ*. Для него и безъ всякихъ доказательствъ ясно, что міръ существуетъ, какъ объективная реальность;—вопросъ только въ томъ, какимъ путемъ познается эта объективная реальность.

Одинъ изъ первыхъ, кто не удовольствовался такимъ взглядомъ, былъ Декартъ. Для него порукой въ существованіи тѣлеснаго міра служитъ убѣжденіе, что Богъ (который существуетъ, ибо иначе не могла бы существовать и идея о немъ въ насъ, какъ Декартъ говоритъ), не могъ пожелать вызвать въ насъ представленіе объ этомъ мірѣ, еслибы такому представленію не соотвѣтствовала реальность.

Иначе на дѣло посмотрѣлъ Беркелей. Онъ вполнѣ увѣренъ, что внѣшняго, тѣлеснаго міра внѣ нашихъ представленій не существуетъ.

Существуютъ только представленія и то, что воспринимаетъ ихъ, т. е. духи, и во главѣ сонма духовъ верховный духъ—Богъ. Онъ создаетъ представленія въ извѣстномъ порядкѣ, а мы созерцаемъ ихъ. Таковъ выводъ Беркелея. Но, очевидно, изъ посылокъ Беркелея этотъ выводъ не вытекаетъ вовсе. Вѣдь и о существованіи другихъ духовъ, кромѣ насъ, мы судимъ только по нашимъ представленіямъ. Такимъ образомъ въ концѣ концовъ остается только наше я, какъ единственное достовѣрное бытіе, а существованіе другихъ духовъ—недоказанное предположеніе.

Такой же характеръ недоказаннаго предположенія имѣетъ ученіе Канта о родовой организаціи человѣческаго духа, т. н. чистомъ разумѣ, и о вещахъ самихъ по себѣ.

Кантъ исходитъ изъ того положенія, что все наше знаніе о внѣшнемъ мірѣ сводится къ впечатлѣніямъ, происходящимъ конечно въ насъ самихъ, но вызванныхъ извнѣ, т. н. вещами самими по себѣ взятыми; эти впечатлѣнія подвергаются своеобразной обработкѣ при посредствѣ свойственнымъ нашей психической организаціи формъ воспріятія и мышленія. Сочетанія представленій бываютъ случайныя или всеобщія, необходимыя. Первыя представляютъ результатъ нашего личнаго, эмпирическаго сознанія, вторыя—именуемыя нами вещами или предметами внѣшняго міра—составляютъ результатъ нашей общей, родовой организаціи или чистаго разума, одинаково свойственнаго всѣмъ людямъ. О томъ, соотвѣтствуютъ ли эти постоянныя и всеобщія сочетанія представленій вещамъ самимъ по себѣ взятымъ, мы ничего не знаемъ.

Но если все, что мы знаемъ, сводится къ сочетаніямъ представленій, изъ которыхъ одни случайны и преходящи, а другія всеобщи и необходимы, то откуда же является у насъ убѣжденіе въ существованіи вещей „самихъ по себѣ"? При такихъ условіяхъ это очевидно чисто гадательное предположеніе, ничего не разъясняющее и излишнее.

Но то же слѣдуетъ сказать о предположеніи существованія другихъ людей, кромѣ даннаго я, ибо они и ихъ дѣйствія тоже только сочетанія извѣстныхъ представленій; кроется ли за ними какая нибудь реальность, мы, оставаясь на почвѣ разсужденій Канта, не можемъ знать; вмѣстѣ съ тѣмъ отпадаетъ и предположеніе о родовомъ чистомъ разумѣ.

Такимъ образомъ и Кантъ оперируетъ въ своей теоріи познанія при посредствѣ недоказанныхъ предположеній. Они у него выступаютъ даже съ особенной выпуклостью, благодаря глубокому анализу и строго логическому общему ходу разсужденій этого великаго мыслителя. Благодаря этому, проблемма о существованіи внѣшняго міра выдвинулась съ особенной силой. Никто изъ позднѣйшихъ мыслителей уже не могъ ее обойти. И вотъ мы видимъ самыя разнообразныя попытки разрѣшенія ея.

Не останавливаясь пока на фантазіяхъ идеалистическихъ метафизическихъ системъ, смотрящихъ на внѣшній міръ, какъ на про-

дуктъ духовнаго начала, различно понимаемаго различными представителями этого философскаго направленія, мы обратимъ вниманіе на двѣ главные попытки разрѣшенія этой проблеммы, не удаляющіяся отъ почвы фактовъ въ сферу заоблачныхъ мечтаній.

Одни признаютъ самую проблемму неразрѣшимой. *Доказать* существованіе внѣшняго міра и вообще чего-либо внѣ насъ мы не въ состояніи. О дѣйствительномъ существованіи его свидѣтельствуетъ не разумъ нашъ, безсильный выйти изъ заколдованнаго круга его же собственныхъ представленій, а наше непосредственное *чувство*, въ которое мы не можемъ не вѣрить. И такъ—*вѣра*, вотъ единственное основаніе, въ силу котораго мы признаемъ существованіе реальнаго міра внѣ нашего я.

Но наряду съ такимъ взглядомъ, равносильнымъ отказу отъ разрѣшенія проблеммы, выдвигается и другой, болѣе научный. Въ своей наиболѣе наглядной формѣ онъ сводится къ слѣдующему:

а) Мы непосредственно убѣждены въ собственномъ бытіи, въ силу свидѣтельства нашего самознанія, нашего непосредственнаго внутренняго опыта. Вмѣстѣ съ тѣмъ мы замѣчаемъ *закономѣрную связь* между тѣми нашими воспріятіями, которыя мы объединяемъ подъ общимъ именемъ нашихъ собственныхъ тѣлесныхъ состояній, и актами нашей внутренней психической жизни.

Вслѣдствіе этого образуется та ассоціація идей, въ силу которой мы, воспринимая тѣлесныя состоянія, аналогичныя съ нашими, допускаемъ, что имъ соотвѣтствуетъ и аналогичная внутренная, психическая организація.

И такъ, мы заключаемъ отъ сходной съ нашей внѣшней организаціи къ сходной внутренней организаціи. Такое заключеніе въ логикѣ называется заключеніемъ по аналогіи. На основаніи его каждый заключаетъ о существованіи себѣ подобныхъ, т. е. другихъ людей.

Но это не все. Подобное заключеніе имѣло бы небольшую цѣну само по себѣ, если бы правильность его не провѣрялась и не подтверждалась ежедневнымъ, ежечаснымъ опытомъ каждаго изъ насъ. Стоитъ вспомнить хотя бы о томъ сходствѣ, которое наблюдается между условіями жизни на нашей планетѣ съ одной и нѣкоторыхъ другихъ небесныхъ свѣтилъ съ другой стороны; на основаніи подобнаго сходства нѣкоторые ученые, какъ извѣстно, склонны допускать, что и тамъ существуютъ живые организмы, подобные намъ. Но въ данномъ случаѣ наше заключеніе не можетъ быть провѣрено опытнымъ путемъ и поэтому остается совершенно гадательнымъ.

Совсѣмъ иное въ первомъ случаѣ. Мы постоянно убѣждаемся, что напр. то, что вызываетъ физическую боль и характерныя внѣшнія проявленія ея въ насъ самихъ, вызываетъ тѣ же проявленія въ тѣхъ, которыхъ мы по аналогіи признали себѣ подобными, что всякаго рода стремленія, о которыхъ мы знаемъ по внутреннему нашему опыту, во внѣшнихъ своихъ проявленіяхъ встрѣчаются и у другихъ, отличающихся сходнымъ съ нашимъ внѣшнимъ обликомъ, и такимъ образомъ постоянно убѣждаемся въ правильности нашего заключенія.

И такъ заключеніе по аналогіи, постоянно подтверждаемое опытомъ, вотъ настоящее научное основаніе нашего убѣжденія въ существованіи намъ подобныхъ.

б) Но какъ убѣждаемся мы въ существованіи остальнаго внѣшняго міра? Прямой аналогіи тутъ уже нѣтъ, хотя и здѣсь обыкновенно стараются проводить ее. Но зато есть другое соображеніе, покоющееся на доказанномъ уже существованіи множественности людей.

Это соображеніе заключается въ слѣдующемъ. Мы знаемъ опять таки по опыту, что *нормальные* люди при одинаковыхъ условіяхъ, живя напр. въ одномъ городѣ, получаютъ однородныя внѣшнія воспріятія, различныя лишь по степени *интенсивности*, но не по основному свойству своему.

Эти внѣшнія воспріятія могутъ различно дѣйствовать на чувство людей, на однихъ пріятно, на другихъ непріятно, однихъ возбуждать къ активному воздѣйствію, у другихъ вызвать стремленіе уйти отъ нихъ, но самыя воспріятія остаются однородными.

Такое *совпаденіе* было бы необъяснимо, еслибы внѣшнія воспріятія были бы только сочетаніями чисто субъективныхъ впечатлѣній, еслибы не существовалъ сверхъ общей формы обработки ихъ и нѣкоторый общій матерьялъ для нихъ внѣ каждаго изъ насъ.

Это соображеніе подкрѣпляется другимъ. То, что мы называемъ нашими внѣшними воспріятіями, состоитъ между собою въ нѣкоторой закономѣрной связи, какъ насъ опять таки поучаетъ опытъ. Отсюда въ результатѣ—представленіе о единомъ мірѣ какъ совокупности закономѣрно связанныхъ между собою явленій.

Такое представленіе, повторяю, было бы невозможнымъ, еслибы отдѣльные элементы нашихъ воспріятій имѣли бы чисто субъективное значеніе, ибо тогда у каждаго существовалъ бы, въ лучшемъ случаѣ, только свой міръ, а никакъ не одинъ общій для всѣхъ.

И такъ *единогласное свидѣтельство* внѣшнихъ чувствъ всѣхъ

нормальныхъ организованныхъ людей доказываетъ реальное, объективное существованіе остальнаго внѣшняго міра.

Подводя итоги сказанному, мы можемъ теперь дать тотъ отвѣтъ на поставленный выше вопросъ объ объектахъ познанія, который безъ всякой критики дается т. н., здравымъ смысломъ; объектами познанія являются съ одной стороны данныя нашего внутренняго я (область внутренняго опыта), съ другой—и данныя внѣшняго міра (область внѣшняго опыта).

3) Разсмотрѣвъ вопросъ объ объектахъ познанія, мы должны поставить себѣ дальнѣйшій вопросъ объ условіяхъ и границахъ нашего познанія. Если познаніе заключается въ установленіи связи между извѣстными представленіями, то очевидно основнымъ условіемъ познанія является наличность извѣстной *психической организаціи*, способность сознательнаго пріобрѣтенія ощущеній, переработки этихъ отдѣльныхъ, разрозненныхъ ощущеній, получаемыхъ извнѣ и изнутри, воспроизведенія ихъ въ формѣ представленій, способность сочетанія этихъ представленій по извѣстнымъ правиламъ, независимо отъ случайныхъ субъективныхъ ассоціацій, и т. д.

Такой организціей изъ всѣхъ извѣстныхъ намъ существъ обладаютъ только люди *).

Но если опредѣленная психическая организація есть основное условіе познанія, то она вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣляетъ и границы его.

Съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ прежде всего признать, что все наше знаніе чисто опытнаго происхожденія. Дѣйствительно, вся наша мыслительная дѣятельность получаетъ свой матерьялъ исключительно изъ внутренняго и внѣшняго опыта. Проводникомъ послѣдняго служатъ наши пять чувствъ. Не будь ихъ, мы за отсутствіемъ всякаго матерьяла не могли бы ничего познавать. Тогда бы не было и внутренняго опыта, за отсутствіемъ всякихъ перемѣнъ въ нашемъ психическомъ мірѣ. Правда, мы можемъ образовать такія сочетанія представленій, которыхъ мы не встрѣчаемъ въ дѣйствительномъ нашемъ опытѣ. Но съ одной стороны стоитъ разложить эти сочетанія представленій на ихъ составные элементы, чтобы убѣдиться, что эти *элементы* взяты изъ опыта, и намъ принадлежитъ

*) Какимъ образомъ возникла она, это столько же вопросъ сравнительной психологіи, сколько сравнительной физіологіи и біологіи.

только своебразное объединенiе ихъ въ одинъ цѣлостный образъ; а съ другой стороны возможность подобнаго сочетанiя на дѣлѣ, въ области дѣйствительнаго опыта, такъ и остается проблемматичнымъ, гадательнымъ, пока оно не будетъ подтверждено новымъ опытомъ, непосредственнымъ воспрiятiемъ. Отсюда дальше слѣдуетъ, что то, что выходитъ за предѣлы всякаго возможнаго опыта, можетъ служить только объектомъ вѣры, но не знанiя.

Это одно. Съ другой стороны, возникаетъ такой вопросъ. Принявъ за доказанное, что существуетъ внѣшнiй мiръ въ качествѣ объективной реальности, мы должны однако постоянно помнить, что мы познаемъ его только при посредствѣ нашей психической организацiи. Есть ли основанiе думать, что объективная реальность сходствуетъ съ тѣми представленiями, которыя мы получаемъ отъ нея?

На это давались въ разное время разные отвѣты. Что о полномъ сходствѣ не можетъ быть рѣчи, это аксiома, едва ли въ настоящее время кѣмъ либо оспариваемая, кто вникалъ въ этотъ вопросъ. Что доказательствомъ подобнаго сходства не можетъ служить то обстоятельство, что при одинаковыхъ условiяхъ каждый изъ насъ получаетъ приблизительно одинаковыя, различныя лишь по степени интенсивности, внѣшнiя воспрiятiя, едва ли требуетъ доказательства. Это обстоятельство свидѣтельствуетъ лишь о томъ во 1-хъ, что вообще нѣчто существуетъ внѣ насъ, и во 2-хъ, что психическая организацiя въ общихъ чертахъ одинаковая у всѣхъ насъ. Но дальше мы идти не можемъ. Вѣдь не заключаемъ же мы изъ того, что палка, гдѣ бы мы ни опускали ее въ воду, *кажется* намъ надломленной, что это и есть настоящее изображенiе палки, а заключаемъ только, что въ одинаковой средѣ явленiе преломленiя лучей свѣта должно вызвать одинаковые результаты, одинаковыя впечатлѣнiя. То же слѣдуетъ сказать о нашей психической организацiи. Разница только въ томъ, что мы здѣсь не знаемъ т. ск. угла преломленiя, подъ которымъ реальная дѣйствительность отражается въ насъ.

Это одно. Съ другой стороны, мы знаемъ, что одно и то же внѣшнее раздраженiе у одного и того же субъекта можетъ вызвать совершенно различныя ощущенiя въ зависимости отъ той почвы, на которую оно оказываетъ воздѣйствiе, точнѣе—въ зависимости отъ особенностей даннаго состоянiя сознанiя его. Такъ напр. «одно и тоже раздраженiе при различныхъ отношенiяхъ можетъ вызвать то ощущенiе тепла, то холода. Если мы напр. опустимъ руку въ сосудъ,

который имѣетъ ту же температуру, какъ и комната, т. е. къ этой температурѣ рука привыкла,—то мы ощущаемъ тепло, потому что лучеиспусканіе теплоты рукою въ маленькомъ пространствѣ встрѣчаетъ препятствія. Если наполнить одинъ сосудъ водою съ температурою кожи, другой—водой болѣе высокой температуры и третій—водой съ болѣе низкой температурой и погрузить потомъ правую руку во второй сосудъ, лѣвую въ третій и сейчасъ же затѣмъ обѣ руки въ первый сосудъ, то правая рука почувствуетъ холодъ, а лѣвая—тепло тамъ, гдѣ прежде ни та, ни другая не замѣчала ни холода, ни тепла». (Гефдингъ. очерки психологіи, стр. 127).

Если такимъ образомъ одинъ и тотъ же объектъ, одно и тоже явленіе можетъ вызвать въ человѣкѣ различныя ощущенія, то гдѣ же гарантія, чтобы эти ощущенія были сходны съ единой объективной реальностью, воздѣйствію которой на насъ мы приписываемъ ихъ.

Но пойдемъ дальше. Что такое объектъ, что такое тѣло? Анализируя это сложное понятіе, разлагая его на составные его элементы, мы легко можемъ убѣдиться, что то, что мы называемъ тѣломъ, есть не болѣе, какъ извѣстное устойчивое *сочетаніе*, тѣсно связанныхъ между собою представленій, которое мы разсматриваемъ какъ единство въ силу того, что не замѣчаемъ перехода отъ одного изъ связанныхъ между собою представленій къ другому. Это постоянство сочетанія мы называемъ тѣломъ или субстанціей, а отдѣльныя представленія, изъ которыхъ оно складывается,—качествами или свойствами тѣла.

Что нѣчто должно соотвѣтствовать этому постоянству въ реальной дѣйствительности несомнѣнно, ибо откуда же иначе у всѣхъ нормальныхъ людей при одинаковыхъ условіяхъ получалось бы впечатлѣніе даннаго постоянства. Его можно бы было объяснить исключительно одинаковостью нашей общей психической организаціи, еслибы это постоянство было только *формальное*, заключалось бы только въ *объединяющихъ понятіяхъ* субстанціи, тѣла и. т. д., привносимыхъ къ непосредственнымъ даннымъ нашихъ чувствъ. Но это постоянство, какъ уже было замѣчено, есть и *матерьяльное*, ибо не только порядокъ, въ которомъ мы располагаемъ наши ощущенія, но и самыя эти ощущенія (тяжести, цвѣта, и т. д.) *при одинаковыхъ условіяхъ* однородны, различаются только по степени интенсивности, но не по общему характеру своему. И такъ, несомнѣнно, что внутреннему постоянству въ такихъ случаяхъ должно соотвѣтствовать и внѣшнее.

Но въ чемъ именно заключается это внѣшнее постоянство или реальная дѣйствительность, этого мы не знаемъ и знать не можемъ.

Это положеніе обыкновенно выражается формулой: *мы познаемъ только явленія, а не вещи сами по себѣ взятыя или реальную сущность вещей.*

4) Мы разсмотрѣли объекты, условія и границы познанія. Намъ необходимо предложить себѣ теперь вопросъ: гдѣ же критерій истинности познанія? Мы сказали, что опытъ или точнѣе наши воспріятія, какъ *относительно* простѣйшія данныя, доставляютъ намъ матерьялъ для нашего познанія. Опытъ въ этомъ смыслѣ служитъ и критеріемъ истинности его. Не смотря на все разнообразіе получаемыхъ нами воспріятій, мы замѣчаемъ—въ силу повторяемости явленій,—нѣкоторыя постоянства, нѣкоторыя постоянныя соотношенія между ними. Это служитъ намъ основаніемъ строить предположенія о томъ, что данное постоянство отношеній будетъ повторяться и впредь. Изъ такихъ предположеній, сначала очень общихъ и грубыхъ, мы дѣлаемъ извѣстные конкретные выводы. Если то, чего мы ожидаемъ, дѣйствительно наступаетъ, мы укрѣпляемся въ нашихъ взглядахъ. Если нѣтъ, если сдѣланный нами выводъ не оправдывается на практикѣ, на опытѣ, мы видоизмѣняемъ наши предположенія, строимъ новые выводы и опять сверяемъ ихъ съ непосредственнымъ опытомъ, съ данными нашихъ воспріятій, и т. д.

Такимъ то путемъ человѣчество мало по малу накопляетъ извѣстный запасъ знаній, восходя отъ однихъ обобщеній къ другимъ. Такимъ путемъ мы пришли къ установленію такихъ всеобщихъ законовъ природы, какъ законъ причинности, законъ сохраненія энергіи, законъ развитія (эволюціи) и т. д. Всѣ эти законы—подмѣченныя *однообразія* въ порядкѣ сосуществованія и послѣдовательной смѣны явленій. Сами по себѣ они являются гипотетическими предположеніями, извлеченными изъ предшествующаго опыта. Убѣжденіе въ истинности, во всеобщей примѣнимости ихъ держится исключительно на томъ, что правильность выводовъ, построенныхъ на нихъ, ежедневно подтверждается на практикѣ, на новыхъ опытахъ и наблюденіяхъ.

Соотвѣтствіе выводовъ, построенныхъ на предположеніяхъ, извлеченныхъ изъ предшествующаго опыта, съ новыми опытами, вотъ положительный критерій истинности нашихъ знаній.

Благодаря ему, мы съ одной стороны пріобрѣтаемъ извѣстную сумму положительныхъ знаній, съ другой стороны отказываемся отъ всевозможныхъ ложныхъ предположеній.

Ложными мы называемъ предположенія, дедуктивные выводы изъ которыхъ противорѣчатъ даннымъ опыта. *Несоотвѣтствіе съ данными опыта — это отрицательный критерій, дополняющій вышеуказанный положительный.*

Значеніе этого втораго, отрицательнаго критерія нисколько не меньше, чемъ значеніе положительнаго.

Оно въ извѣстномъ смыслѣ даже больше. Ибо какъ бы далеко ни заходило соотвѣтствіе нашихъ выводовъ съ данными опыта, все же мы всего будущаго и прошедшаго опыта исчерпать не можемъ, а потому даже самымъ широкимъ, безконечное число разъ провѣреннымъ и провѣряемымъ, обобщеніямъ нашимъ, не можемъ присвоить абсолютнаго значенія; то, чего мы достигаемъ въ лучшемъ случаѣ, это только постоянно возрастающая степень вѣроятности ихъ.

Напротивъ, несоотвѣтствіе съ опытомъ безусловно подрываетъ силу даннаго положенія.

Доказывая поэтому правильность нашихъ собственныхъ предположеній ссылкою на соотвѣтствіе ихъ съ опытомъ, мы подрываемъ силу другихъ предположеній тѣмъ, что раскрываемъ несоотвѣтствіе вытекающихъ изъ нихъ выводовъ съ опытными данными.

(Покажемъ это на примѣрѣ.) Что несоотвѣтствіе теоріи съ данными опыта подрываетъ ея доказательное значеніе, или иначе, что опытъ есть единственный *критерій* правильности нашихъ теорій, ~~есть~~ это положеніе, которое открыто или молчаливо признается всѣми.

Но чтобы опытъ былъ и надежнымъ источникомъ знанія, и чтобы онъ былъ единственнымъ источникомъ его, это далеко не общепризнано. Такъ, *скептицизмъ*, ссылаясь на противорѣчивыя показанія опыта, отрицаетъ, чтобы вообще возможно было какое бы то ни было положительное знаніе. Такъ, съ другой стороны, *раціонализмъ* или совсѣмъ отрицаетъ всякое значеніе опыта, точнѣе, чувственнаго воспріятія въ смыслѣ источника знанія, или признаетъ за нимъ только второстепенное значеніе, а настоящимъ источникомъ знанія считаетъ разумъ. Такъ, *мистицизмъ* признаетъ главнымъ источникомъ знанія откровеніе, либо въ смыслѣ внѣшняго, Божественнаго Откровенія, либо въ смыслѣ особаго внутренняго экстатическаго состоянія души.

Въ опроверженіе основныхъ предположеній этихъ философскихъ направленій недостаточно доказать, что опытъ долженъ быть признанъ источникомъ познанія потому, что данныя, извлеченныя изъ него, подтверждаются позднѣйшимъ опытомъ. Необходимо еще доказать, что какъ отрицаніе опыта въ качествѣ источника познанія, такъ и предположеніе о существованіи другихъ источниковъ познанія приводитъ къ выводамъ, несогласнымъ съ опытомъ.

Съ этой точки зрѣнія огульному скептицизму можно возразить, что онъ не объясняетъ, какимъ же образомъ возможно даже то ограниченное, относительное знаніе, которымъ мы несомнѣнно обладаемъ и которое позволяетъ намъ предугадывать на основаніи данныхъ прошедшаго опыта — будущій, подтверждающій наши выводы.

Что касается раціонализма, то не говоря уже о неправильномъ противоположеніи чувственнаго воспріятія разуму, это направленіе прежде всего должно обязательно натолкнуться на то затрудненіе, что разумъ въ смыслѣ способности сравненія тѣхъ или другихъ данныхъ всегда даетъ только производное знаніе; наряду съ нимъ должно существовать и какое-нибудь непосредственное знаніе. Такъ какъ такой исходной точкой раціонализмъ не желаетъ признавать чувственныя воспріятія, то ~~его~~ ее приходится открывать въ такъ называемой интуиціи или интеллектуальномъ созерцаніи, которое даетъ перво-посылку для дальнѣйшей работы разума.

И такъ, вмѣсто того, что подлежитъ объективной провѣркѣ, т. е. чувственнаго воспріятія, за точку отправленія принимаютъ внутреннее чутье, нѣчто чисто субъективное и не поддающееся никакой провѣркѣ. Отсюда съ одной стороны крайнее разнообразіе въ исходныхъ точкахъ разсужденія, добытыхъ при помощи пресловутаго внутренняго чутья, съ другой стороны—не меньшее разнообразіе въ результатахъ построеній, опровергающихъ другъ друга и всегда въ томъ или другомъ отношеніи не согласующихся съ показаніями опыта, какъ это подтверждаетъ вся исторія философіи. Что касается наконецъ мистицизма, то онъ смѣшиваетъ двѣ области, которыя необходимо строго разграничить,—область вѣры и область знанія. Въ экстазъ и въ показанія, добытыя въ экстатическомъ состояніи, можно вѣрить, но основывать на нихъ философскія теоріи по существу дѣла нельзя, чему подыскать примѣры не трудно.

5) И такъ, познанiе заключается въ установленiи связи между представленiями, добываемыми изъ внутренняго и внѣшняго опыта. Насколько эти представленія и слагающіяся изъ нихъ явленія соотвѣтствуютъ вещамъ самимъ по себѣ взятымъ, этого мы знать не можемъ. Тѣмъ самымъ устраняется какъ матеріализмъ, такъ и спиритуализмъ, ибо и то и другое направленіе, какъ всякая вообще метафизическая теорія, исходитъ изъ ложнаго предположенія, что намъ доступно знаніе сущности вещей. На самомъ же дѣлѣ мы познаемъ только явленія (съ точки зрѣнія существующихъ между ними сходствъ и различій) и законы ихъ сосуществованія и смѣны. Изслѣдовать эти законы—задача науки. Такимъ образомъ выдвигается теперь новый вопросъ. Что такое наука? какія ея спеціальныя задачи? какія средства у нея для выполненія ихъ.

§ 2. О наукѣ *).

Первоначальное накопленіе знаній представляетъ всегда болѣе или менѣе дѣло случайности. Вмѣстѣ съ тѣмъ и благодаря этому, оно и безсистемно, хаотично.

Но безсистемное знаніе мало приноситъ пользы. Къ тому же оно очень скоро начинаетъ препятствовать накопленію новыхъ знаній, такъ какъ память у человѣка ограничена. Очень скоро люди сознаютъ, что для того, чтобы идти дальше, необходимо прежде всего систематизировать, привести въ порядокъ добытое уже знаніе.

Систематизированное знаніе есть научное знаніе или иначе— *наука есть систематизированное знаніе.*

На первыхъ порахъ наука едина. Одной любви къ знанію, къ мудрости (по гречески—философіи) кажется достаточнымъ для того, чтобы обнять, систематизировать все наличное знаніе. Поэтому любовь къ знанію, къ мудрости, на первыхъ порахъ отождествляется съ самымъ научнымъ знаніемъ, философія отождествляется съ наукой.

Но послѣдовательный ростъ знаній приводитъ къ обособленію

*) Милль, система индуктивной и дедуктивной логики. Джевонсъ, основы науки.

отдѣльныхъ отраслей знанія. Возникаетъ рядъ отдѣльныхъ наукъ, изъ которыхъ каждая изучаетъ одну какую-нибудь спеціальную область знаній.

При такихъ условіяхъ каждая наука сама по себѣ взятая представляетъ собою только часть всего знанія, систематизируетъ не все знаніе, а только какую нибудь отрасль его. Съ этой точки зрѣнія необходимо ввести поправку въ то опредѣленіе науки, которое было дано выше. Придется сказать, что отдѣльная, спеціальная наука есть *часть систематизированнаго знанія.*

Но спеціальныя науки, предоставленныя каждая самой себѣ, скоро теряютъ всякую связь между собою.

Естественно, что отъ времени до времени появлялись и появляются попытки пересмотра основныхъ данныхъ отдѣльныхъ спеціальныхъ наукъ, въ интересахъ согласованія ихъ между собою, и построеніе на добытыхъ такимъ путемъ основаніяхъ цѣлостныхъ системъ знанія. Такія цѣлостныя системы знанія называются философскими.

Смотря по взгляду ихъ на источники знанія, философскія системы подраздѣляются на раціоналистическія, эмпирическія и мистическія; смотря по отношенію къ вопросу о существованіи и способу воспріятія реальной дѣйствительности,—на реалистическія и идеалистическія; смотря по степени, съ которой онѣ допускаютъ возможность познанія, — на догматическія (или метафизическія) критическія и скептическія. Общее всѣмъ этимъ системамъ—задача ихъ, ибо задача всякой философской системы открыто или молчаливо всегда заключалась и будетъ заключаться въ стремленіи систематизировать все наличное знаніе данной эпохи, а не только какую-нибудь отдѣльную отрасль его. Съ этой точки зрѣнія философію можно опредѣлить какъ *вполнѣ систематизированное знаніе.* Но достижима ли самая задача? Въ субъективномъ смыслѣ, съ точки зрѣнія даннаго философа, она можетъ казаться и обыкновенно кажется таковой. Въ объективномъ смыслѣ очевидно всегда возможно только большее или меньшее *приближеніе* къ идеалу, даже съ точки зрѣнія данной эпохи. Если же къ этому прибавить, что наличное знаніе данной эпохи даже въ области отдѣльныхъ, спеціальныхъ наукъ по существу дѣла никогда не можетъ совпасть съ доступнымъ намъ вообще знаніемъ (такъ какъ знанія наши постоянно возрастаютъ, а мыслитель связанъ условіями мѣста и времени)

и что доступное намъ вообще знаніе все-таки лишь весьма ограниченное, относительное (такъ какъ сущности вещей мы познать не можемъ, а имѣемъ дѣло только съ явленіями), то конечно отвѣтъ на предложенный выше вопросъ можетъ быть данъ только отрицательный.

Значитъ ли это, что слѣдуетъ отказываться отъ построенія философскихъ системъ? Конечно нѣтъ. Изъ того, что мы не можемъ достигнуть идеала, не въ состояніи обнять необъятное, вовсе не вытекаетъ требованіе сидѣть сложа руки. Изъ того, что нельзя достигнуть всего, не слѣдуетъ, чтобы нельзя было добиться ничего. Если невозможно *достиженіе* идеала, то все-таки возможно *приближеніе* къ нему.

Каждое поколѣніе своей работой вноситъ нѣчто новое, расчищаетъ почву для будущаго поколѣнія; мы въ настоящее время лучше знаемъ, что для насъ возможно, что недоступно, чѣмъ наши предки, и будущія поколѣнія будутъ опять относиться еще болѣе сознательно, болѣе критически къ окружающимъ насъ и ихъ явленіямъ, чѣмъ мы. Уже одно то великое благо, что неустанная философская мысль медленно расчищаетъ почву, на которой мы работаемъ, устраняетъ массу предразсудковъ, массу ложныхъ предположеній, непосредственно ли—путемъ критики, или косвенно—развивая ложныя предположенія, строя на нихъ выводы и подготовляя тѣмъ почву къ раскрытію ложности, несоотвѣтствія ихъ съ непосредственнымъ опытомъ. Но наряду съ этимъ, съ отрицательной такъ сказать работой, идетъ и положительная, созидающая, вырабатывается рядъ положеній, рядъ законовъ, настолько общихъ, что они поддаются постоянно провѣркѣ, и настолько точныхъ, что нельзя указать ни одного случая уклоненія отъ нихъ на опытѣ.

Такіе законы, разъ они найдены, даютъ твердый базисъ для объясненія все возрастающаго ряда явленій, и вмѣстѣ съ тѣмъ служатъ условіями для приложенія нашихъ знаній на практикѣ, для нашего господства надъ природой.

2) И такъ, отдѣльная спеціальная наука стремится систематизировать ту или иную отдѣльную область знанія, философія стремится систематизировать все знаніе данной эпохи и въ этомъ смыслѣ дать цѣлостное міросозерцаніе.

Въ чемъ же заключается научная систематизація? какія исходныя положенія, какія задачи и пріемы ея?

Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, мы сначала посмотримъ, что можетъ быть достигнуто безъ математическихъ вычисленій.

a) Опытъ показываетъ намъ, что окружающія насъ явленія совершаются въ извѣстномъ закономѣрномъ порядкѣ. Ближе этотъ порядокъ можетъ быть опредѣленъ, какъ *законъ всеобщей причинной связи*. Всякое явленіе имѣетъ свою *причину*, т. е. постоянно и безусловно предшествующее ему явленіе, и въ свою очередь является причиной новыхъ явленій.

При этомъ необходимо однако имѣть въ виду слѣдующее:

Явленіе не можетъ наступить, разъ отсутствуетъ его причина (или его причины). Но изъ того, что наступила причина, не слѣдуетъ, чтобы непремѣнно появилось и послѣдствіе ея. Причина явленія имѣетъ *тенденцію* вызвать самое явленіе. Но для того, чтобы явленіе дѣйствительно появилось, необходимо отсутствіе *противодѣйствующихъ* причинъ. (Напр. для того, чтобы шаръ, получивши толчокъ, безпрепятственно могъ двигаться по данному направленію, требуется, чтобы онъ не встрѣчалъ на своемъ пути препятствій; иначе, не смотря на то, что причина явленія—толчекъ—налицо, движенія всетаки не послѣдуетъ).

И такъ, для наступленія всякаго явленія требуется не только присутствіе извѣстныхъ благопріятныхъ факторовъ, но и отсутствіе факторовъ неблагопріятныхъ, или иначе, опредѣленная комбинація тѣхъ и другихъ.

На практикѣ дѣло осложняется еще тѣмъ, что наряду съ указанными двумя категоріями факторовъ необходимо различать еще третью категорію—факторовъ болѣе или менѣе *безразличныхъ*, ни содѣйствующихъ, ни препятствующихъ появленію даннаго явленія. Эти факторы могутъ постоянно измѣняться, замѣняться другими такого-же рода, все это не оказываетъ (замѣтнаго) вліянія на настоящую причину явленія, а посему и на самое явленіе. Практически это имѣетъ то значеніе, что можетъ показаться, будто данное явленіе имѣетъ нѣсколько причинъ. Чтобы угадать въ такихъ случаяхъ настоящую причину явленія, нужно сравнивать различныя комбинаціи предшествующихъ факторовъ, приводящихъ повидимому къ одинаковымъ результатамъ, чтобы такимъ путемъ выдѣлить несущественные факторы. (Такъ напр. на первый взглядъ источникомъ свѣта являются солнце, огонь, молнія, электричество и т. д. Это указываетъ на то, что во всѣхъ этихъ случаяхъ при-

сутствуетъ одинъ общій факторъ, который и долженъ быть установленъ путемъ устраненія несущественныхъ факторовъ).

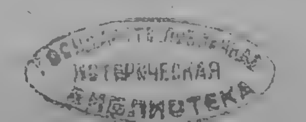
б) Очевидно, конечная задача научнаго изслѣдованія и должна заключаться въ томъ, чтобы обнаружить эту причинную связь, опредѣлить составные элементы, факторы и комбинацію этихъ факторовъ, при которой получается данный результатъ.

Но при этомъ сразу выдвигается весьма серьезное затрудненіе. Мы непосредственно можемъ познать только явленія, но не причины явленій. Мы знаемъ (на основаніи предшествующаго опыта), что данному явленію должно предшествовать другое явленіе (или совокупность другихъ явленій) въ качествѣ причины его; но какъ открыть, какъ обнаружить эту причину?

Исходнымъ руководящимъ началомъ при этомъ служитъ то положеніе, что однородныя причины должны привести къ однороднымъ послѣдствіямъ. Отсюда слѣдуетъ, что явленія съ однороднымъ характеромъ, съ однородными признаками указываютъ на присутствіе однородныхъ факторовъ, вызвавшихъ эти явленія.

Поэтому ближайшая задача науки должна состоять въ томъ чтобы фиксировать явленія, обладающія *существенными* общими признаками, и выдѣлить ихъ изъ числа остальныхъ, окружающихъ ихъ явленій. Сдѣлавъ это, нужно сравнить эти явленія между собою для болѣе точнаго установленія отдѣльныхъ существующихъ между ними родовыхъ признаковъ сходства и видовыхъ признаковъ различія и соединить ихъ соотвѣтственно съ этимъ въ группы и подгруппы, или иначе, нужно *классифицировать* ихъ. При этомъ нерѣдко обнаруживается, что признаки, казавшіеся на первый взглядъ наиболѣе существенными и общими, отступаютъ на задній планъ и должны быть замѣнены другими, которые оказываются налицо и у другихъ еще явленій, оставшихся сначала въ сторонѣ, чѣмъ конечно измѣняется основаніе и порядокъ принятой классификаціи.

Такимъ путемъ мы подготовляемъ почву для разрѣшенія конечной нашей задачи, для установленія причинной связи между данными явленіями и предшествующими имъ. Ибо очевидно труднѣе открыть причину даннаго явленія тогда, когда мы разсматриваемъ его изолированно, чѣмъ тогда, когда мы имѣемъ дѣло съ цѣлымъ рядомъ однородныхъ явленій. То, что оказывается предшествующимъ всѣмъ явленіямъ даннаго порядка, вѣроятнѣе всего и составляетъ ихъ общую причину.



Но какъ установить, дѣйствительно ли существенны тѣ признаки, на основаніи которыхъ мы выдѣлили данную группу явленій, чѣмъ руководствуемся мы при этомъ?

Отвѣтъ на это можетъ быть данъ только одинъ: мы въ данномъ случаѣ, какъ и въ другихъ, судимъ *предположительно*. Усмотрѣвъ на основаніи предшествующаго опыта, нѣкоторыя характерныя черты сходства среди извѣстнаго ряда явленій, мы *допускаемъ*, что эти черты дѣйствительно составляютъ отличительную особенность данныхъ явленій въ отличіе отъ всѣхъ другихъ, что онѣ въ этомъ смыслѣ имѣютъ существенное значеніе. Такъ ли это или нѣтъ на самомъ дѣлѣ, это долженъ показать будущій опытъ.

Лучшее подтвержденіе правильности нашего сужденія о существенности избранныхъ нами признаковъ заключается въ томъ, что подмѣченное нами общее сходство даетъ возможность открыть среди данной группы явленій неопредѣленное число отдѣльныхъ сходныхъ чертъ. Чѣмъ больше такихъ сходныхъ чертъ, тѣмъ больше вѣроятности, что обладающія ими явленія дѣйствительно составляютъ продуктъ постоянной комбинаціи однородныхъ факторовъ. Наоборотъ, если при болѣе внимательномъ детальномъ изученіи явленій обнаруживается, что среди нихъ не болѣе двухъ, трехъ чертъ сходства, а въ остальномъ они совершенно отличны другъ отъ друга, то мы убѣждаемся, что исходное наше предположеніе объ однородности явленій ложно и что мы должны отказаться отъ него и искать иные признаки для иной классификаціи явленій.

в) Предположимъ теперь, что наша классификація оказалась удачной, что намъ удалось дѣйствительно сопоставить явленія существенно однородныя между собою и распредѣлить ихъ въ стройномъ порядкѣ, въ которомъ рельефно выступаютъ какъ общіе признаки сходства, такъ и второстепенные признаки различія ихъ между собою.

Теперь предстоитъ разрѣшить вторую задачу: обнаружить причинную связь между ними и предшествующими имъ явленіями.

Эта задача тѣмъ труднѣе, чѣмъ сложнѣе явленія, съ которыми мы имѣемъ дѣло, и чѣмъ менѣе изслѣдованы (другими науками) факторы, отъ которыхъ они зависятъ.

Въ частности, для полнаго разрѣшенія этой задачи необходимо: а) найти отдѣльные факторы, предшествующіе данному роду явленій; b) опредѣлить постоянную комбинацію ихъ и особенности ея,

или иначе, степень участія каждаго фактора въ произведеніи общаго результата и порядокъ, законъ сочетанія этихъ факторовъ.

Полное разрѣшеніе этой задачи немыслимо безъ математическихъ вычисленій.

То, что можетъ быть сдѣлано безъ нихъ,—это приблизительное выясненіе тѣхъ факторовъ, которые участвуютъ въ образованіи даннаго результата и схематическое изображеніе взаимнаго воздѣйствія ихъ другъ на друга.

Но и это не сразу удается.

Чтобы приблизиться къ разрѣшенію нашей задачи, необходимо установить, какая постоянная комбинація факторовъ предшествуетъ данному роду явленій, разсматривая эту комбинацію какъ единство, не разлагая ея на части.

Для этого мы дѣлаемъ наблюденія надъ разными явленіями, сопутствующими данной группѣ явленій, съ тѣмъ, чтобы установить, какія явленія *постоянно* сопутствуютъ имъ. Замѣтивъ, что во всѣхъ доступныхъ нашему наблюденію случаяхъ явленію В сопутствуетъ явленіе А, мы строимъ предположеніе, что одно изъ нихъ должно быть причиной другаго, что напр. А должно быть причиной В, и стараемся затѣмъ провѣрить правильность нашего заключенія всѣми доступными намъ способами. Наиболѣе совершенный изъ нихъ, но далеко не всегда примѣнимый,—экспериментъ: мы искусственно вызываемъ А и наблюдаемъ, наступаетъ ли послѣ этого В. Съ другой стороны мы искусственно устраняемъ А, сохраняя всѣ остальныя условія неизмѣнными, и наблюдаемъ, не отпадетъ ли и В. Если въ первомъ случаѣ В дѣйствительно наступаетъ, а во второмъ—отпадаетъ, то причинная связь между А и В можетъ считаться экспериментально доказанною.

Но экспериментъ не всегда примѣнимъ. Чѣмъ сложнѣе изучаемыя явленія, тѣмъ труднѣе исполнимо первое условіе экспериментальнаго анализа,—искусственное воспроизведеніе и устраненіе даннаго явленія *съ сохраненіемъ прочихъ условій неизмѣнными.* А разъ мы не можемъ быть увѣрены, что окружающія условія не измѣнились, экспериментъ теряетъ свою цѣну, ибо въ такомъ случаѣ, если даже послѣ искусственнаго устраненія А отпадетъ и В, мы не можемъ знать, произошло ли это потому, что А есть причина В, или потому, что одновременно съ А, благодаря измѣнившимся окружающимъ условіямъ, отпалъ и неизвѣстный для насъ факторъ X, составляющій настоящую причину В.

Въ такихъ случаяхъ все, что можетъ быть констатировано нами,—это, что между A и B существуетъ извѣстная связь, которая въ предѣлахъ, въ которыхъ намъ удалось наблюдать ее, оказывается постоянной. Но сохраняетъ ли она свое постоянство и внѣ этихъ предѣловъ, это вопросъ, который остается открытымъ.

Чтобы разрѣшить наше сомнѣніе, намъ необходимо разложить предполагаемую причину A и явленіе B на ихъ составные элементы, опредѣлить, какой результатъ каждый изъ этихъ элементовъ вызвалъ бы самъ по себѣ и затѣмъ вывести, какой результатъ долженъ получиться изъ сочетаній ихъ. Если выведенный такимъ путемъ результатъ дѣйствительно приводитъ къ явленію B, то тогда только мы можемъ считать дѣйствительно доказаннымъ наше предположеніе, что A есть причина B, или точнѣе, что совокупность факторовъ, изъ которыхъ складывается A, предшествуетъ тому сложному цѣлому, которое мы называемъ B.

Важнымъ подспорьемъ въ такихъ случаяхъ служатъ данныя, добытыя путемъ предшествующей классификаціи изучаемыхъ нами явленій; родовые признаки сходства между явленіями, установленные ею, указываютъ на существованіе общихъ факторовъ, общихъ причинъ, участвующихъ въ образованіи даннаго рода явленій; видовые признаки различія указываютъ на спеціальныя причины, модифицирующія дѣйствіе общихъ причинъ въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ. При помощи добытыхъ такимъ путемъ указаній и становится возможнымъ то примѣрное выясненіе главныхъ факторовъ, участвующихъ въ образованіи даннаго рода явленій, и схематическое изображеніе взаимнаго воздѣйствія ихъ другъ на друга, которое одно только и возможно безъ математическихъ вычисленій.

г) Итакъ, подводя итоги сказанному, мы видимъ, что исходными предположеніями научнаго изслѣдованія являются: положеніе, что всякое явленіе имѣетъ свою причину, и что однородныя причины приводятъ къ однороднымъ послѣдствіямъ.

Задачей научнаго изслѣдованія, поскольку она до сихъ поръ опредѣлилась, является, во-первыхъ, описаніе явленій въ смыслѣ установленія существенныхъ (съ данной точки зрѣнія) признаковъ сходства и различія ихъ и построенная ни этомъ научная *классификація* ихъ, или иначе, установленіе внѣшней связи между явленіями, и во-вторыхъ *объясненіе* явленій въ смыслѣ установленія причинной связи между болѣе простыми явленіями и въ смыслѣ све-

денія болѣе, сложныхъ явленій къ комбинаціямъ дѣйствій болѣе простыхъ, или иначе установленіе внутренней связи между явленіями.

Остается отвѣтить на послѣдній вопросъ, отчасти уже затронутый выше, на вопросъ о *методологическихъ пріемахъ*, при помощи которыхъ достигаются намѣченныя задачи.

Основными пріемами являются *научное наблюденіе и опыты въ тѣсномъ смыслѣ или экспериментъ*. Научное наблюденіе есть видъ воспріятія. Оно отличается отъ обыкновеннаго, наивнаго воспріятія тѣмъ, что при немъ человѣкъ руководится извѣстными сознательно намѣченными имъ *цѣлями*, онъ желаетъ установить сходство или различіе между наблюдаемыми явленіями или существующую между ними связь.

Опытъ въ тѣсномъ смыслѣ или экспериментъ есть намѣренно вызванное въ видахъ научнаго наблюденія *измѣненіе* въ окружающихъ насъ явленіяхъ.

Оба эти процесса по существу своему суть процессы *аналитическіе*, т. е. процессы, при которыхъ изучаемыя явленія разлагаются на составные ихъ элементы.

Служа *исходными* процессами по отношенію къ другимъ, *наблюденіе* и опытъ являются вмѣстѣ съ тѣмъ конечными *повѣрочными* процессами, при помощи которыхъ мы удостовѣряемся въ правильности извлеченныхъ изъ нихъ обобщеній и выводовъ.

Анализъ приводитъ къ синтезу, аналитическій процессъ наблюденія и опыта приводитъ къ синтетическому процессу обобщенія.

Процессъ обобщенія проявляется въ двухъ формахъ, смотря по тому, наблюдаемъ ли мы явленія съ точки зрѣнія ихъ *сходства и различія* съ другими явленіями, или съ точки зрѣнія *связи*, существующей между ними и другими явленіями. Въ первомъ отношеніи процессъ обобщенія состоитъ въ соединеніи однородныхъ явленій въ общія группы, обозначаемыя по возможности спеціальными техническими терминами, и называется *обобщеніемъ въ тѣсномъ смыслѣ или абстракціей*. Во второмъ отношеніи процессъ обобщенія заключается въ констатированіи *постоянства связи* между извѣстными явленіями и называется *индукціей*. Внѣшнимъ выраженіемъ процесса абстракціи являются *общія понятія* (напр. понятіе человѣка, организма, вещества, и т д.), внѣшнимъ выраженіемъ процесса индукціи—*общія сужденія*.

Оба эти синтетическіе процесса нуждаются въ дополнительныхъ

процессахъ, фиксирующихъ и разъясняющихъ добытые результаты и облегчающихъ провѣрку ихъ. Такими вспомогательными процессами являются *опредѣленіе* съ одной стороны и *силлогизмъ* съ другой. Опредѣленіе фиксируетъ результатъ процесса абстракціи, указывая *существенные* признаки, изъ которыхъ складывается данное общее понятіе. Оно показываетъ слѣдовательно путь, при помощи котораго мы пришли къ нашей абстракціи, излагаетъ т. ск. его исторію, и тѣмъ самымъ облегчаетъ возможность провѣрить основательность ея при помощи новыхъ наблюденій надъ сходными явленіями.

Силлогизмъ примѣняетъ добытое индуктивнымъ путемъ заключеніе къ отдѣльнымъ частнымъ случаямъ. Предположимъ напр., что мы на основаніи предшествующихъ наблюденій пришли къ индуктивному обобщенію: всякое А, сопровождается В. Тогда мы, встрѣчая вновь явленіе А заключаемъ, что если вѣрно наше положеніе, если дѣйствительно всякое А сопровождается В, то и данное А должно сопровождаться В. Въ болѣе точной и научной формѣ соотвѣтствующій силлогизмъ выражается такимъ образомъ: всякое А сопровождается В, данное явленіе есть А, слѣдовательно оно сопровождается В. Затѣмъ, мы можемъ уже путемъ непосредственнаго наблюденія удостовѣриться въ правильности нашего заключенія по отношенію къ данному явленію и тѣмъ самымъ провѣрить и основное наше предположеніе.

Получивъ рядъ абстракцій и индукцій независимо другъ отъ друга, мы затѣмъ, комбинируя ихъ между собою, восходимъ къ новымъ, болѣе широкимъ абстракціямъ и индукціямъ, и продолжаемъ идти такимъ путемъ все дальше и дальше.

При этомъ опять оказываются необходимыми вспомогательные, т. ск. прикладные процессы, которые давали бы возможность оріентироваться въ добытыхъ нами результатахъ, фиксировали бы и разъясняли бы настоящее значеніе ихъ, и которые вмѣстѣ съ тѣмъ облегчили бы возможность провѣрки этихъ результатовъ. Этой цѣли удовлетворяютъ съ одной стороны *классификація*, съ другой—*дедукція* въ смыслѣ комбинацій ряда явленій, законы дѣйствія которыхъ выведены индуктивнымъ путемъ для выведенія общаго результата ихъ. Классификація заключается въ приведеніи въ систему данной группы общихъ понятій путемъ распредѣленія ихъ по степени возрастающей общности ихъ. Наиболѣе общее понятіе, обнимающее родовые признаки всѣхъ членовъ данной группы, ставится

во главѣ; подъ него подводятся понятія, обладающія наряду съ родовыми признаками каждое своимъ отличительнымъ видовымъ признакомъ (напр. подъ общее понятіе животныхъ подводятся понятія позвоночныхъ и безпозвоночныхъ животныхъ). Подъ каждое изъ этихъ понятій подводятся новыя, болѣе спеціальныя понятія (такъ позвоночныя животныя подраздѣляются на млекопитающихъ, птицъ, амфибій и рыбъ), и т. д.

Дедукція есть процессъ, при помощи котораго мы опредѣляемъ результатъ взаимодѣйствія нѣкоторыхъ явленій (законы дѣйствія которыхъ установлены индуктивнымъ путемъ), комбинируя ихъ между собою. Положимъ напр., что мы установили, что всякое А сопровождается а, всякое В—в, всякое С—с. Въ такомъ случаѣ и данное А должно сопровождаться а, данное В—в, данное С—с. поскольку конечно отсутствуютъ противодѣйствующіе факторы. При такихъ условіяхъ общій результатъ отъ соединеній А+В+С очевидно долженъ быть а+в+с, если А, В, С взаимно не парализуютъ другъ друга. Если же напр. А и В по отношенію другъ къ другу являются факторами противодѣйствующими, другъ друга уничтожающими, то результатъ соедененія А+В+С долженъ быть=с. (ибо въ такомъ случаѣ в = — а, и слѣдовательно при соединеніи а—а+с первые два члена отпадаютъ). Установивъ это, намъ остается только провѣрить правильность нашего вывода при помощи непосредственныхъ наблюденій.

Расширяя такимъ образомъ постоянно наши знанія, приводя ихъ въ связь между собою и провѣряя отдѣльные шаги, дѣлаемые нами, при помощи непосредственныхъ опытовъ и наблюденій, мы постепенно приходимъ къ установленію тѣхъ наиболѣе общихъ (названныхъ выше исходными) положеній или законовъ, которые уясняютъ намъ характеръ и порядокъ всеобщей связи между явленіями и указываютъ намъ, какъ должны мы поступать, чтобы раскрыть эту связь въ данной конкретной области знанія.

И такъ, общими методологическими пріемами являются: наблюденіе и опытъ, абстракція, опредѣленіе, классификація, индукція, силлогизмъ и дедукція.

Всѣ эти процессы находятся въ тѣсной связи между собою, дополняя другъ друга; успѣхъ, достигнутый въ одномъ отношеніи, обезпечиваетъ успѣхъ и въ другихъ отношеніяхъ; неправильность, вкравшаяся въ одинъ изъ процессовъ, неминуемо должна отра-

зиться и на остальныхъ, либо препятствуя расширенію знаній, либо направляя насъ на ложный путь.

Возможность же ошибокъ всегда на лицо, ибо каждый шагъ впередъ, который мы дѣлаемъ, каждое новое обобщеніе, каждая новая индукція сначала имѣетъ только *гипотетическое* значеніе, формулируется нами *предположительно*, и лишь дальнѣйшій опытъ можетъ показать намъ, не ошиблись ли мы въ нашемъ предположеніи.

3) Мы разсмотрѣли задачи научнаго изслѣдованія, достижимыя безъ математическихъ вычисленій. Вмѣстѣ съ тѣмъ нами уже было замѣчено, что полное раскрытіе причинной связи безъ такихъ вычисленій недостижимо. Дѣйствительно, такъ какъ всѣ явленія, съ которыми мы встрѣчаемся въ реальной дѣйствительности, отличаются большей или меньшей сложностью, абсолютно простыхъ явленій мы непосредственно не встрѣчаемъ, то полное раскрытіе причинной связи въ каждомъ данномъ случаѣ предполагаетъ не только выясненіе отдѣльныхъ факторовъ, отдѣльныхъ причинъ, которыя вызываютъ данное сложное цѣлое, и установленіе той постоянной комбинаціи ихъ, которая необходима для полученія даннаго результата; сверхъ того требуется опредѣлить еще *особенности* данной постоянной комбинаціи отъ другихъ, болѣе или менѣе сходныхъ съ нею; требуется выяснить степень участія каждаго фактора въ произведеніи общаго результата и выведеніе закона сочетанія всѣхъ факторовъ.

Послѣдняя часть задачи невыполнима безъ математическихъ вычисленій, безъ прикладной математики. Прикладная математика въ свою очередь покоится на чистой. Чистая же математика столь кореннымъ образомъ отличается отъ всѣхъ другихъ наукъ, что о ней необходимо сказать нѣсколько словъ особо:

а) Отличительная особенность чистой математики заключается прежде всего въ томъ, что она, въ противоположность другимъ наукамъ, исходитъ изъ предположенія, которое въ природѣ никогда не проявляется въ чистомъ видѣ, именно изъ предположенія о существованіи *равныхъ* величинъ. На этомъ предположеніи покоются основныя аксіомы математики о томъ, что величины, порознь равныя третьей величинѣ, равны между собою, что суммы равныхъ величинъ равны между собою.

Въ наукѣ о числахъ къ этому привходятъ еще опредѣленія отдѣльныхъ чиселъ, какъ то: 1=1, 2=1+1, 3=1+1+1, и т. д.

Въ наукѣ о пространственныхъ соотношеніяхъ къ первымъ двумъ присоединяется третья аксіома, гласящая, что линіи, плоскости и тѣла, которыя при наложеніи одной изъ нихъ на другую покрываютъ другъ друга, равны между собою; къ этимъ аксіомамъ засимъ привходитъ рядъ т. н. опредѣленій, какъ то: опредѣленія точки, линіи, прямой линіи, параллельныхъ линій, угла, круга, эллипсиса и т. д.

Всѣ эти опредѣленія, поскольку ими утверждается реальное существованіе обозначаемыхъ ими предметовъ, опять таки имѣютъ чисто условное значеніе. На самомъ дѣлѣ нѣтъ двухъ равныхъ величинъ и слѣд. положеніе, что 1=1, чисто условное. Точно также не существуетъ идеальныхъ прямыхъ линій, круговъ и т. д.

На основаніи указанныхъ данныхъ, комбинируя ихъ между собою, математика чисто дедуктивнымъ путемъ выводитъ отдѣльные законы равенства и пропорціональности между числами и геометрическими величинами, каковые законы, покоясь на чисто условныхъ предположеніяхъ, конечно и сами имѣютъ только условное значеніе.

И такъ, математика изучаетъ чисто условныя величины подъ условнымъ угломъ зрѣнія. Поэтому она сама по себѣ никогда не можетъ привести къ тому, къ чему стремятся остальныя науки, къ раскрытію реальной связи между явленіями. Она не можетъ этого уже по одному тому, что всѣ явленія протекаютъ во времени, тогда какъ математика, изучая законы равенства, игнорируетъ и должна игнорировать этотъ основной фактъ. Ей нѣтъ дѣла до закона причинности. Даже больше: она вовсе не предполагаетъ существованія этого закона.

b) При такомъ коренномъ различіи между чистой метематикой и другими науками, возникаетъ вопросъ, какимъ образомъ вообще возможно примѣненіе математическихъ законовъ къ объясненію реальныхъ явленій, иначе, какимъ образомъ возможна прикладная математика?

На это нужно дать такой отвѣтъ: если въ природѣ не встрѣчается двухъ совершенно равныхъ явленій, то всетаки встрѣчаются очень близкія сходства между явленіями. Пренебрегая несущественными съ данной точки зрѣнія различіями, мы можемъ съ одной стороны близко сходныя явленія принять за равныя и съ другой стороны выразить причинную связь въ формѣ уравненія, гласящаго, что дѣйствіе A=m, дѣйствіе B=n и т. д.

При такихъ условіяхъ числовые законы оказываются примѣнимыми ко всѣмъ вообще явленіямъ, геометрическіе (въ широкомъ смыслѣ) законы къ явленіямъ, совершающимся въ пространствѣ, т. е. къ физическимъ явленіямъ (въ противоположность духовнымъ).

Отсюда получается между прочимъ тотъ результатъ, что становится возможнымъ, путемъ избранія соотвѣтствующихъ единицъ измѣренія, во первыхъ сводить несходныя въ другихъ отношеніяхъ явленія къ сходнымъ въ количественномъ отношеніи, и во вторыхъ среди сходныхъ по качеству явленій подмѣчать различія въ количественныхъ отношеніяхъ. Благодаря этому мы и получаемъ въ конечномъ результатѣ возможность установить не только присутствіе какихъ факторовъ необходимо для образованія даннаго явленія, но и сколько единицъ каждаго фактора должно быть налицо. (Ср. напр. извѣстную формулу для воды—H^2O).

Это одно. Съ другой стороны, поскольку рѣчь идетъ о физическихъ явленіяхъ, которыя совершаются въ пространствѣ, становится возможнымъ, путемъ сведенія всѣхъ процессовъ *къ движенію*, изображать графически направленіе и результатъ дѣйствія отдѣльныхъ факторовъ, отдѣльныхъ силъ и комбинацій силъ и путемъ разложенія его на составные элементы вычислить, опредѣлить степень участія каждаго фактора и законъ сочетанія ихъ. (Ср. напр. астрономическія вычисленія).

4) Сказаннаго представляется достаточнымъ для выясненія общей роли и значенія математики въ дѣлѣ разрѣшенія конечной задачи научнаго изслѣдованія,—*объясненія* явленій.

Резюмируя наши соображенія, мы можемъ свести ихъ къ слѣдующей формулѣ: задача математики заключается въ сведеніи несходныхъ явленій къ сходнымъ и въ выведеніи законовъ сходства.

Общая конечная задача научнаго изложенія въ виду всего изложеннаго можетъ быть опредѣлена ближе слѣдующимъ образомъ: описаніе явленій должно заключаться въ разграниченіи качественно разнородныхъ и сопоставленіи качественно однородныхъ явленій и въ сведеніи качественно разнородныхъ къ количественно однороднымъ и качественно однородныхъ къ количественно разнороднымъ явленіямъ. Объясненіе явленій должно на основаніи добытыхъ такимъ путемъ данныхъ стремиться свести всѣ конкретныя явленія (которыя вмѣстѣ съ тѣмъ всѣ суть сложныя явленія) къ разнооб-

разнымъ комбинаціямъ возможно меньшаго числа качественно разнородныхъ простѣйшихъ элементовъ.

Итакъ, конечная задача научнаго изслѣдованія, объясненіе явленій, раскрытіе причинной связи, существующей между ними, заключается въ томъ, чтобы свести всѣ сложныя явленія къ комбинаціямъ болѣе простыхъ явленій, изъ которыхъ они складываются.

Этотъ общій выводъ вполнѣ подтверждается исторіей научнаго движенія. Такъ, мы видимъ, какъ въ области тѣлесныхъ явленій сложныя механическія, химическія, физіологическія явленія постепенно сводятся къ разнообразнымъ комбинаціямъ болѣе простыхъ явленій.

Такъ, и въ области духовныхъ явленій сложныя душевныя явленія сводятся къ комбинаціямъ болѣе простыхъ душевныхъ явленій.

5) Разсмотрѣвъ такимъ образомъ исходные пункты, задачи и пріемы научнаго изслѣдованія, мы въ заключеніе должны остановиться на ***классификаціи наукъ.***

Основнымъ дѣленіемъ является дѣленіе наукъ на *описательныя* и *объяснительныя. Общими* пріемами тѣхъ и другихъ являются наблюденіе и опытъ.

Специфическими пріемами описательныхъ наукъ являются *абстракція*, т. е. подведеніе однородныхъ явленій подъ общія понятія, *опредѣленіе* каждаго изъ изучаемыхъ явленій и *классификація*, распредѣленіе ихъ по группамъ соотвѣтственно ихъ родовымъ и видовымъ признакамъ.

Специфическими пріемами объяснительныхъ наукъ являются *индукція*, *силлогизмъ* и *дедукція*.

Что касается взаимнаго соотношенія между обѣими категоріями наукъ, то необходимо замѣтить, что сами по себѣ описательныя науки имѣютъ *подготовительное* значеніе по отношенію къ наукамъ объяснительнымъ. Это вполнѣ понятно, такъ какъ очевидно раньше чѣмъ возможно приступить къ объясненію тѣхъ или другихъ явленій, необходимо имѣть отчетливое представленіе о нихъ, что и достигается описаніемъ этихъ явленій.

Но конечно не всякое описаніе, не всякая классификація одинаково пригодны. Неумѣлая классификація, неточное описаніе, выдѣляя не тѣ признаки, которые въ данномъ случаѣ дѣйствительно существенны, можетъ привести къ соединенію разнородныхъ явле-

ній, обладающихъ какими-нибудь несущественными общими признаками, и вмѣстѣ съ тѣмъ къ разъединенію явленій существенно однородныхъ; въ такомъ случаѣ объясненіе явленій конечно не только не облегчается, а напротивъ затрудняется и даже можетъ оказаться невозможнымъ.

Все это выясняется конечно не сразу, а постепенно: отчасти благодаря накопленію новыхъ опытовъ и наблюденій, убѣждающихъ въ неполнотѣ, неточности и т. д. прежнихъ описательныхъ пріемовъ, отчасти благодаря тому, что при попыткахъ объясненія даннаго рода явленій, раскрытія причиненной связи, существующей между ними и предшествующими имъ явленіями, обнаруживается непригодность принятой классификаціи и намѣчаются новые классификаціонные признаки.

Но конечно намѣтить необходимость новой классификаціи, новаго порядка размѣщенія изучаемыхъ явленій одно, а развить новыя идеи, разработать ихъ въ подробностяхъ—другое. Это уже дѣло не объяснительной, а описательной науки. Такимъ образомъ не только расширеніе поля наблюденія, но и самые успѣхи объяснительнаго процесса способны выдвинуть новыя задачи описательнаго свойства. Въ этомъ смыслѣ и объяснительная наука можетъ получить подготовительное значеніе по отношенію къ описательной, что еще разъ свидѣтельствуетъ о тѣсной связи между отдѣльными процессами научнаго изслѣдованія.

Что касается затѣмъ сравнительной успѣшности въ разработкѣ тѣхъ и другихъ наукъ, то необходимо замѣтить, что разработка описательныхъ наукъ вообще подвигается впередъ гораздо быстрѣе, чѣмъ разработка объяснительныхъ наукъ, благодаря сравнительной простотѣ задачъ первыхъ.

Поэтому описательныя науки могутъ достигнуть уже высокой ступени совершенства, тогда какъ соотвѣтствующія объяснительныя науки находятся еще въ зародышномъ состояніи, какъ это мы видимъ на примѣрѣ соціальныхъ наукъ, гдѣ сложность объекта чрезвычайно затрудняетъ раскрытіе причинной связи.

§ 3. О соціальныхъ наукахъ *).

Мы разсмотрѣли общія задачи и пріемы научнаго изслѣдованія. Намъ необходимо теперь остановиться на нѣкоторыхъ особенностяхъ соціальныхъ наукъ, къ числу которыхъ принадлежатъ и науки юридическія.

Соціальныя науки изучаютъ явленія человѣческаго общежитія, воздѣйствіе соціальной среды на человѣка и человѣка на эту среду, и пытаются установить законы, которымъ подчиняются эти явленія.

1) При этомъ однако сразу возникаетъ вопросъ: возможно ли вообще говорить о закономѣрности соціальныхъ явленій въ томъ смыслѣ, въ какомъ этотъ терминъ употребляется въ примѣненіи къ явленіямъ внѣшней природы?

Вѣдь главнымъ соціальнымъ факторомъ является самъ человѣкъ и его дѣйствія. Приспособляясь къ окружающимъ его условіямъ, видоизмѣняя ихъ совокупными усиліями ради достиженія тѣхъ или иныхъ цѣлей, онъ и формы его совокупной дѣятельности являются непосредственными объектами соціальныхъ наукъ.

Тутъ-то и возникаетъ вопросъ: подчиняется ли человѣкъ въ своихъ дѣйствіяхъ общему закону причинности?

а) Вопросъ этотъ приводитъ насъ къ знаменитой проблеммѣ о свободѣ или несвободѣ воли.

Чтобы разобраться въ ней, необходимо прежде всего составить себѣ ясное представленіе о томъ, что такое воля.

Въ самой общей формѣ волю можно опредѣлить какъ сознательный выборъ между нѣсколькими воспоминаніями, между нѣсколькими цѣлями, поставленными себѣ человѣкомъ.

Ближе воля предполагаетъ: *представленіе* о разныхъ цѣляхъ и о разныхъ средствахъ къ достиженію ихъ, которыя вызываютъ тѣ или иныя *чувства* въ человѣкѣ; между этими представленіями и чувствами происходитъ *борьба*, и воля, рѣшеніе, выражается *въ выборѣ* опредѣленной цѣли и опредѣленныхъ средствъ достиженія

---

*) Гефдингъ, очерки психологіи, основанной на опытѣ. Спенсеръ, основанія соціологіи.

ея. Избранная человѣкомъ цѣль, ради достиженія которой онъ готовъ дѣйствовать, составляетъ *мотивъ*, опредѣляющій направленіе его воли и сопровождающихъ ее дѣйствій.

Изъ этой характеристики воли явствуетъ прежде всего, что споръ о свободѣ воли заключается не въ томъ, *въ состояніи ли мы дѣйствовать* (въ предѣлахъ физически возможнаго) *такъ, какъ мы хотимъ?* Утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ внѣ спора: наша воля несомнѣнно является однимъ изъ факторовъ нашей индивидуальной и соціальной жизни. Этимъ устраняется *фатализмъ*, ученіе, согласно которому все подчинено слѣпому року, и наша воля не при чемъ: что бы мы ни желали сдѣлать, мы сдѣлаемъ не то, что хотимъ, а то что предопредѣлено рокомъ. Такой взглядъ и ненаученъ, и опровергается данными каждодневнаго опыта. Самое возникновеніе такого взгляда объясняется тѣмъ, что часто *результатъ*, ожидаемый нами отъ нашихъ дѣйствій, не наступаетъ, а наступаетъ нѣчто совсѣмъ другое. Но этому нельзя удивляться. Наша воля есть лишь одинъ изъ факторовъ, оказывающихъ вліяніе на наступленіе результата; наряду съ нею дѣйствуетъ цѣлый рядъ другихъ факторовъ, которые могли быть не приняты во вниманіе нами, вслѣдствіе чего и результатъ конечно долженъ былъ наступить иной, чѣмъ мы ожидали.

И такъ, споръ не въ томъ, въ состояніи ли мы дѣйствовать такъ, какъ хотимъ, а въ томъ, *можемъ ли мы хотѣть того, чего хотимъ*. Обыкновенно этотъ споръ формулируется такъ: опредѣляется ли воля, данный волевой импульсъ тѣми или иными мотивами, или она возникаетъ самочинно, помимо всякихъ предшествующихъ мотивовъ.

Но и такая формулировка неточна, основывается на неясномъ представленіи о волѣ. Дѣйствительно, мотивомъ является представленіе о той цѣли, которой желаетъ достигнуть человѣкъ своими дѣйствіями. Это представленіе и побуждаетъ человѣка хотѣть и дѣйствовать въ извѣстномъ направленіи. Гдѣ нѣтъ такого представленія, гдѣ нѣтъ побудительнаго мотива, тамъ не можетъ быть и рѣчи о волѣ въ смыслѣ сознательнаго психическаго акта.

Отрицать значеніе мотивовъ для воли значитъ отрицать самую волю. Вопросъ можетъ быть формулированъ лишь такъ: можетъ ли человѣкъ произвольно вызывать въ себѣ тѣ или иные мотивы, а если нѣтъ, то существуетъ ли по крайней мѣрѣ свобода выбора

между нѣсколькими мотивами, одновременно всплывшими у лица, или не только представленія о тѣхъ или другихъ цѣляхъ, но и окончательный выборъ той или другой изъ нихъ, обращеніе ея въ мотивъ дѣятельности, имѣетъ свои причины.

Что касается перваго вопроса, то остается только констатировать, что представленія не возникаютъ у человѣка непроизвольно, а подчиняются опредѣленнымъ законамъ ассоціаціи между представленіями; какія вообще могутъ возникать ассоціаціи идей у даннаго субъекта, и какими онѣ сопровождаются чувствами, это не зависитъ отъ его воли, отъ его усмотрѣнія, а обусловливается общимъ складомъ его личности, тѣми условіями, при которыхъ онъ росъ и воспитывался. Такимъ образомъ, самый кругъ представленій, кругъ мотивовъ, среди которыхъ приходится дѣлать выборъ, является ограниченнымъ рамками, созданными прошлымъ.

Обращаясь засимъ ко второму вопросу, нельзя не замѣтить, что тѣ самые элементы, которые опредѣляютъ кругъ возможныхъ цѣлей, опредѣляютъ и окончательный выборъ, который дѣлаетъ человѣкъ. Въ борьбѣ между нѣсколькими мотивами побѣждаетъ наиболѣе *сильный* мотивъ. А какой мотивъ окажется болѣе сильнымъ, это опять таки зависитъ отъ общаго умственнаго и нравственнаго склада личности. На дикаря сильнѣе дѣйствуютъ одни мотивы, на человѣка культурнаго—другіе, ребенокъ подчиняется инымъ мотивамъ, чѣмъ взрослый человѣкъ, эгоистъ инымъ, чѣмъ альтруистъ, и т. д.

Наконецъ, нельзя не указать и на то, что приведенныя общія соображенія вполнѣ подтверждаются данными *статистики*: самыя на видъ произвольныя дѣйствія человѣка, какъ напр. вступленіе въ бракъ, разводы, самоубійства и т. д., при массовомъ наблюденіи оказываются далеко не произвольными, а находятся въ зависимости отъ совершенно опредѣленныхъ причинъ: разъ не измѣняется общее соціальное положеніе, эти дѣйствія изъ года въ годъ совершаются съ поразительнымъ постоянствомъ; всякое болѣе или менѣе серьезное измѣненіе въ окружающихъ условіяхъ, какъ то: военныя событія, неурожай, повальныя болѣзни и т. д., оказываетъ вліяніе и на эти явленія.

Въ заключеніе, мы разсмотримъ два наиболѣе серьезныхъ возраженія, которыя могутъ быть сдѣланы противъ изложенной здѣсь теоріи.

Съ одной стороны указываютъ на то, что нерѣдко мы посту-

паемъ совсѣмъ не такъ, какъ мы сами предполагали. Мы имѣли въ виду сдѣлать одно, а сдѣлали совсѣмъ другое. Такъ, трусъ можетъ твердо рѣшить идти на встрѣчу опасности, и въ рѣшительный моментъ всетаки обратиться въ бѣгство. Отсюда будто бы явствуетъ, что воля наша не зависитъ отъ опредѣленныхъ мотивовъ. На это можно возразить слѣдующее. Самый фактъ не подлежитъ спору; но объясненіе его невѣрно. Если мы не всегда дѣлаемъ то, что сами себѣ намѣтили, то причина этого заключается, по мѣткому выраженію Гефдинга, въ томъ, что центръ сознанія не всегда совпадаетъ съ центромъ индивидуальности. Послѣдній опредѣляется не только сознательными, но и безсознательными душевными процессами. Поэтому въ рѣшительный моментъ «можетъ всплыть что нибудь такое, чего до тѣхъ поръ никогда не было въ сознаніи, и чего индивидуумъ, пожалуй, и не признаетъ своимъ».

Такимъ образомъ приведенный фактъ доказываетъ только, что наряду съ дѣйствіями, которыми сопровождаются сознательные волевые акты, есть и дѣйствія, которыя обусловливаются безсознательными или полубезсознательными влеченіями и инстинктами,—вещь, которую никто никогда и не отрицалъ. Ссылаться на это явленіе въ подтвержденіе свободы воли тѣмъ менѣе возможно, что въ данномъ случаѣ ни о какомъ сознательномъ выборѣ между разными возможностями не можетъ быть рѣчи, а гдѣ его нѣтъ, тамъ нѣтъ и воли въ смыслѣ сознательнаго психическаго акта.

Другое возраженіе заключается въ томъ, что мы часто чувствуемъ себя свободными, ничѣмъ не связанными въ нашихъ дѣйствіяхъ. Хочу, сдѣлаю, не хочу, нѣтъ. Объ это свидѣтельство нашего внутренняго опыта будто бы должны разбиться всѣ возраженія противниковъ. Самый фактъ, самое чувство свободы опять таки подмѣчено вѣрно. Но дѣло опять въ объясненіи его. Въ самомъ ли дѣлѣ это чувство свободы спонтанейное, самопроизвольное, неподлежащее дальнѣйшему анализу,—вотъ вопросъ. На него мы отвѣтимъ словами Гефдинга, который, указавъ на тѣсную связь сознательнаго и безсознательнаго въ нашемъ духовномъ строѣ, замѣчаетъ (очерки психологіи, стр. 399): «Пока безсознательныя влеченія къ дѣятельности держатся того же направленія, какъ и сознательныя мысли и чувства, до тѣхъ поръ они не замѣчаются. Ихъ сила сливается съ силой сознательныхъ мотивовъ, которымъ мы и даемъ честь или позоръ всего поступка. Мы чувствуемъ себя свободными и нестѣснен-

ными въ своей дѣятельности. Только когда эти влеченія идутъ наперекоръ цѣли сознательнаго стремленія, мы замѣчаемъ, что мы съ чѣмъ то въ себѣ не совладали, да никогда—во всякомъ случаѣ теперь—и не совладаемъ. Внутренняя раздвоенность, чувство сопротивленія является въ то же время и чувствомъ несвободы».

И такъ, подводя итоги сказанному, мы должны признать, что въ области нашихъ душевныхъ явленій и въ частности въ области воли также дѣйствуетъ законъ причинной связи, какъ и во внѣшнемъ мірѣ.

b) Намъ остается сказать еще два слова объ отношеніи, существующемъ между волевымъ актомъ и соотвѣтствующимъ ему дѣйствіемъ. Повидимому, тутъ не можетъ быть сомнѣнія: воля есть причина дѣйствія. На самомъ дѣлѣ вопросъ этотъ не такъ ужъ просто разрѣшается, какъ оно кажется на первый взглядъ.

Воля и ея предшествующія (представленія и чувства) принадлежатъ къ внутреннимъ явленіямъ, къ явленіямъ сознанія; дѣйствіе и его предшествующія (физіологическія измѣненія въ организмѣ) къ внѣшнимъ явленіямъ, къ явленіямъ движенія.

Оба эти рода явленій рѣзко отличаются другъ отъ друга. Этому не противорѣчитъ то обстоятельство, что при ближайшемъ анализѣ всѣ т. н. тѣлесныя явленія сводятся къ комбинаціямъ ощущеній и представленій, т. е. къ психическимъ явленіямъ. Ибо это доказываетъ только, что наше познаніе внѣшняго міра обусловлено нашей психической организаціей, но не уничтожаетъ различія между нимъ и міромъ нашего я. Сомнѣніе въ правильности этого вывода могло бы возникнуть лишь въ томъ случаѣ, еслибы самостоятельное существованіе внѣшняго міра или вообще чего либо внѣ даннаго я не могло быть доказано. Но при доказанности его представляется вполнѣ естественнымъ, что этотъ внѣшній міръ, хотя онъ и можетъ быть сведенъ къ комбинаціямъ представленій, все таки сохраняетъ свои отличительныя особенности по сравненію съ міромъ внутреннимъ или духовнымъ, каковыя и должны сказаться въ *различіи между представленіями*, отвлекаемыми отъ того и другаго міра.

Это различіе и формулируется нами какъ различіе между представленіями движенія и представленіями явленій сознанія, или иначе, какъ различіе между тѣлесными и духовными явленіями.

Первыя воспринимаются нами въ формахъ пространства и времени, т. е. въ порядкѣ сосуществованія и послѣдовательности, вто-

рыя только въ формѣ времени, только въ порядкѣ послѣдовательности. Дѣйствительно, про наши чувства и мысли нельзя сказать, что одни помѣщаются направо, другія—налѣво. или одни снизу, другія сверху.

Въ связи съ этимъ находится другое различіе. Мы раньше видѣли, что раскрытіе причинной связи состоитъ въ сведеніи болѣе сложныхъ явленій къ комбинаціямъ болѣе простыхъ. Мы убѣдились также, что не только физическія, но и духовныя явленія подчинены этому закону. Но въ какомъ смыслѣ? Исторія всѣхъ наукъ даетъ намъ на это одинъ отвѣтъ. Сложныя *тѣлесныя* явленія (органическія, химическія, механическія) сводятся къ комбинаціямъ болѣе простыхъ, но *тѣлесныхъ*-же явленій; равнымъ образомъ сложныя явленія сводятся къ комбинаціямъ болѣе простыхъ, но *духовныхъ* же явленій. При такихъ условіяхъ вопросъ о взаимной связи между тѣми и другими остается по прежнему открытымъ. Между тѣмъ, такая связь несомнѣнно существуетъ; уже въ нашемъ собственномъ личномъ опытѣ явленія внутренняго сознанія постоянно переплетается съ явленіями внѣшняго движенія. А сравнительный анализъ и изслѣдованіе паталогическихъ явленій въ области духа и тѣла сверхъ того доказываютъ, что прогрессированіе въ области духовной жизни сопровождается прогрессированіемъ въ области тѣлесной, разрушеніе въ первой сопровождается разрушеніемъ и во второй области. Какъ же тутъ быть?

Сами по себѣ возможны двѣ альтернативы: или между тѣлесными и духовными явленіями существуетъ причинная связь, *взаимодѣйствіе* въ томъ смыслѣ, что тѣлесныя явленія попеременно переходятъ въ духовныя, а духовныя въ тѣлесныя, или же тѣ и другія представляютъ двѣ *параллельныя* стороны одного общаго процесса въ томъ смыслѣ, что каждому явленію сознанія внутри соотвѣтствуетъ извѣстное явленіе движенія во внѣ.

Первое предположеніе опровергается во 1-хъ, всей исторіей наукъ, которая, какъ уже было замѣчено, всюду приводитъ къ одному: сложныя тѣлесныя явленія сводятся къ комбинаціямъ болѣе простыхъ, но тѣлесныхъ же явленій, сложныя духовныя явленія къ комбинаціямъ болѣе простыхъ, но духовныхъ же явленій. Другими словами, при объясненіи тѣхъ и другихъ явленій исходятъ изъ предположенія, что никакого взаимодѣйствія между ними въ смыслѣ поперемѣннаго перехода однихъ изъ нихъ въ другія не существу-

етъ. Выводы, построенные на этомъ предположеніи, оказываются согласными съ показаніями опыта. Это было бы немыслимо, еслибы самое предположеніе оказалось неправильнымъ, ибо разъ какой нибудь факторъ не принятъ во вниманіе, то не можетъ быть полученъ вѣрный результатъ. Во 2-хъ есть еще и спеціальное соображеніе, опровергающее предположеніе о постоянномъ взаимодѣйствіи между тѣлесными и духовными явленіями. Тѣлесныя явленія, какъ теперь доказано, подчиняются физическому закону сохраненія энергіи. «Предположеніе, что можетъ быть причинное отношеніе между духовными и тѣлесными явленіями, противорѣчитъ закону сохраненія энергіи, потому что въ томъ пунктѣ, гдѣ тѣлесный нервный процессъ долженъ превращаться въ душевную дѣятельность, исчезала бы нѣкоторая сумма физической энергіи, не замѣняясь соотвѣтственной суммой той же энергіи». (Гефдингъ, ук. соч. стр. 63). Кромѣ того, по мѣткому замѣчанію Гефдинга, примѣненіе понятія причинности предполагаетъ различіе во времени. Допустивъ попеременный переходъ физіологическихъ явленій въ психическія и наоборотъ, «слѣдовало бы предполагать, что физіологическій процессъ въ извѣстныхъ пунктахъ прерывается психологическимъ; именно, когда раздраженіе становится ощущеніемъ души, чтобы потомъ вновь начаться при измѣненныхъ условіяхъ, когда душа оправляется послѣ тѣлеснаго возбужденія и отвѣчаетъ на него волевымъ актомъ. Такимъ образомъ, если допустить возможность перехода отъ тѣла къ душѣ, то физіологіи навязывается перерывъ, съ которымъ она едва ли когда нибудь можетъ согласиться". (Тамъ же, стр. 65).

И такъ, остается только вторая альтернатива, непосредственно подтверждаемая вышеуказаннымъ параллелизмомъ въ развитіи тѣлесныхъ и духовныхъ способностей, именно предположеніе, что тѣлесныя и духовныя явленія суть двѣ *параллельныя* стороны одного общаго процесса, что каждому явленію сознанія изнутри корреспондируетъ извѣстное явленіе движенія извнѣ.

Примѣняя это положеніе къ тому частному случаю, изъ котораго мы исходили, къ отношенію между волей и дѣйствіемъ, слѣдуетъ признать, что воля не есть причина дѣйствія; внутренній волевой процессъ лишь сопровождается извѣстными внѣшними, физіологическими процессами, которые могутъ привести между прочимъ къ дѣйствіямъ.

2) Независимо отъ этого частнаго вывода, мы въ состояніи сдѣлать еще другой, болѣе общаго свойства, разъясняющій намъ ближе настоящую задачу соціальныхъ наукъ.

Соціальныя науки, какъ мы сказали, изучаютъ явленія человѣческаго общежитія и пытаются установить законы этихъ явленій.

Эта общая формула нуждается въ нѣкоторыхъ разъясненіяхъ.

По весьма распространенному взгляду явленія человѣческаго общежитія разсматриваются какъ результатъ взаимодѣйствія внѣшнихъ и внутреннихъ факторовъ. Съ этой точки зрѣнія законы соціальной жизни представляютъ собою результатъ комбинаціи физическихъ и психическихъ законовъ, а слѣд. должны быть выведены дедуктивнымъ путемъ изъ основныхъ физическихъ и психическихъ законовъ. Если вѣрно то, что было сказано выше о соотношеніи между тѣломъ и духомъ, между физическими и психическими явленіями, то приведенный взглядъ на соціальныя явленія конечно долженъ быть признанъ въ корнѣ своемъ ошибочнымъ.

На самомъ дѣлѣ соціальныя явленія,—явленіяч еловѣческаго общежитія, могутъ быть разсматриваемы сами по себѣ съ двоякой точки зрѣнія: какъ результатъ взаимодѣйствія извѣстныхъ внѣшнихъ факторовъ и какъ результатъ взаимодѣйствія извѣстныхъ внутреннихъ факторовъ. Первое, поскольку они выражаются въ извѣстныхъ физіологическихъ, второе—поскольку они выражаются въ извѣстныхъ психическихъ процессахъ людей, образующихъ данную соціальную среду. Обѣ эти стороны въ виду вышеизложеннаго имѣютъ каждая свое самостоятельное значеніе и подчиняются своимъ спеціальнымъ законамъ причинной связи.

Соціальныя науки изучаютъ *самостоятельно* лишь *внутренніе* психическіе факторы, опредѣляющіе соціальный строй. Конечная задача ихъ—свести сложныя психическія явленія, образующіяся въ данной соціальной средѣ, комбинаціямъ болѣе постыхъ. При этомъ однако необходимо отмѣтить одну весьма характерную особенность соціальныхъ наукъ.

О существованіи внутреннихъ, психическихъ факторовъ мы непосредственно судимъ только по собственному, *личному* опыту. Что же касается остальнаго окружающаго насъ міра и въ частности другихъ людей, то мы о наличности такихъ факторовъ заключаемъ только *по аналогіи*, непосредственно же намъ даны только внѣшнія, *символическія* проявленія ихъ, каковыми являются языкъ, письмо,

печать и всѣ т. н. сознательныя, точнѣе, символическія дѣйствія, (ибо сознательными могутъ быть только внутренніе процессы, сопровождающіе данныя дѣйствія, а не самыя дѣйствія).

По этимъ внѣшнимъ признакамъ можно судить: 1) непосредственно о тѣхъ психическихъ актахъ, которые ихъ сопровождаютъ; 2) косвенно о вліяніи всей окружающей среды какъ-то: о вліяніи климатическихъ, географическихъ условій, мѣстной флоры и фауны и т. д. на психическое состояніе людей, проживающихъ среди этихъ условій.

Объ этомъ вліяніи говорится очень много. Но въ чемъ оно заключается, съ какой стороны слѣдуетъ изучать его,—это вопросъ, который далеко не всегда ясно ставится.

Съ нашей точки зрѣнія постановка этого вопроса не возбуждаетъ сомнѣній.

Задача несомнѣнно заключается въ томъ, чтобы опредѣлить, какія душевныя состоянія, какіе психическіе процессы возникаютъ при данной внѣшней обстановкѣ.

Что въ зависимости отъ особенностей окружающей насъ внѣшней среды у насъ возникаютъ тѣ или иные психическіе процессы,—это мы непосредственно знаемъ опять-таки по личному опыту. Какъ эти особенности отзываются на другихъ людяхъ, объ этомъ мы заключаемъ по тѣмъ же внѣшнимъ признакамъ, по которымъ мы вообще судимъ о ихъ душевной жизни.

Въ чемъ заключается эта зависимость человѣка отъ внѣшнихъ условій его жизни, каковъ ея характеръ, нетрудно установить на основаніи указанныхъ выше общихъ началъ. Внѣшнія условія всякаго рода непосредственно вліяютъ на физіологическую сторону человѣка, а вызванныя ими физіологическія явленія *сопровождаются* извѣстными психическими явленіями. Такимъ образомъ, между тѣми и другими явленіями существуетъ *закономѣрная связь*. Въ виду этого не будетъ ошибочнымъ говорить о *косвенномъ* вліяніи окружающей человѣка внѣшней среды на его психику: необходимо только помнить, что признаніе такого вліянія неравносильно признанію причинной связи между явленіями того и другаго порядка.

3) Итакъ, соціальныя науки разсматриваютъ явленія человѣческаго общежитія какъ результатъ взаимодѣйствія извѣстныхъ психическихъ факторовъ. Конечная задача ихъ—свести сложныя пси-

хическія явленія, образующіяся въ данной соціальной средѣ, къ комбинаціямъ болѣе простыхъ. Сколько-нибудь удовлетворительное разрѣшеніе этой задачи—дѣло отдаленнаго будущаго. Пока возможны только подготовительные къ этому шаги.

1) Ближайшая задача въ каждой отрасли соціальныхъ наукъ, накопленіе и систематизація всего доступнаго намъ историческаго и статистическаго матерьяла, относящагося къ данной области общественныхъ явленій.

Задача эта описательнаго свойства.

2) Вторая задача—выведеніе эмпирическихъ законовъ человѣческаго общежитія путемъ сравнительнаго изученія накопленнаго историческаго и статистическаго матерьяла. Главный методологическій пріемъ, который находится въ данномъ случаѣ въ нашемъ распоряженіи,—это такъ называемый *методъ сопутствующихъ измѣненій*. Сущность его заключается въ томъ, что наблюдаютъ, не происходятъ ли одновременно съ измѣненіями въ одной области явленій измѣненія и въ другихъ, въ какихъ именно и въ какомъ направленіи. Смотря по отвѣту, какой получается въ результатѣ такихъ наблюденій, заключаютъ о болѣе или менѣе тѣсной связи, притомъ прямо или обратно пропорціональной, или объ отсутствіи таковой между изучаемыми явленіями. Пользуясь этимъ методомъ, мы въ состояніи установить взаимную связь, существующую между отдѣльными проявленіями человѣческой самодѣятельности съ одной стороны и связь, существующую между ними и особенностями окружающей человѣка внѣшней среды съ другой.

Въ результатѣ получается рядъ эмпирическихъ обобщеній, рядъ индукцій, которыя однако сами по себѣ еще не могутъ служить достаточнымъ матерьяломъ для того, чтобы на основаніи ихъ можно было приступить къ попыткамъ дедуктивнаго объясненія общественныхъ явленій.

3) Но зато, на основаніи этого матерьяла, пользуясь данными личнаго и коллективнаго внутренняго опыта и сопоставляя ихъ съ отдѣльными внѣшними формами проявленія человѣческой самодѣятельности, можно заключить во 1-хъ о томъ, какого рода конкретные психологическіе факторы, какого рода мысли, чувства и стремленія сопровождаютъ эти внѣшнія формы, во 2-хъ, въ какомъ соотношеніи между собою находятся отдѣльныя группы этихъ факторовъ, и въ 3-хъ, какъ на нихъ отзываются особенности окружающей внѣшней среды.

Такимъ путемъ могутъ быть установлены психологическіе такъ сказать эквиваленты эмпирическихъ законовъ общежитія, или иначе эмпирическіе законы связи и соотношенія между отдѣльными группами психологическихъ факторовъ, образующихъ собою соціальную среду.

И только когда будетъ продѣлана эта работа, возможно будетъ приступить къ раціональнымъ попыткамъ дедуктивнаго объясненія общественныхъ явленій въ смыслѣ сведенія сложныхъ психическихъ факторовъ, изъ которыхъ складывается общественная жизнь, къ комбинаціямъ болѣе простыхъ.

4) Таковы задачи, которыя предстоитъ разрѣшить соціальнымъ наукамъ.

Что касается вопроса о современномъ положеніи этихъ наукъ, то въ настоящее время на первомъ планѣ стоятъ и вѣроятно долго еще будутъ стоять задачи по собиранію историческаго и статистическаго матерьяла и по индуктивному выведенію эмпирическихъ законовъ человѣческаго общежитія. Третья задача—замѣна эмпирическихъ законовъ человѣческаго общежитія ихъ психологическими эквивалентами—почти не затронута, во всякомъ случаѣ нѣтъ систематическихъ попытокъ разработки ея. При такихъ условіяхъ всякія попытки дедуктивнаго объясненія общественныхъ явленій до поры до времени возможны лишь въ весьма скромныхъ предѣлахъ. Намъ остается только сѣять, въ надеждѣ, что будущія поколѣнія пожнутъ плоды нашихъ работъ.

§ 4. О юридическихъ наукахъ и въ частности о задачахъ энциклопедіи права.

Разсмотрѣвъ общій характеръ и задачи соціальныхъ наукъ, мы должны перейти теперь къ обозрѣнію юридическихъ наукъ и въ частности энциклопедіи права.

1) Юридическія науки изучаютъ ту группу соціальныхъ явленій, которыя объединяются подъ общимъ именемъ правовыхъ явленій.

Чрезвычайная сложность и запутанность этихъ явленій привела къ тому, что возникъ цѣлый рядъ наукъ, изучающихъ каждая какую-нибудь одну сторону, одну группу правовыхъ явленій.

Такъ, не говоря уже о болѣе дробныхъ дѣленіяхъ, мы различаемъ государственное и административное право, уголовное право, гражданское право, церковное, финансовое, международное право, уголовный и гражданскій процессъ.

Каждая изъ этихъ отраслей права у каждаго народа носитъ свой особый отпечатокъ.

Приступая къ изученію, къ систематизаціи этого богатаго матерьяла, естественно начинаютъ всюду съ изученія дѣйствующаго въ данномъ государствѣ права.

На дальнѣйшей ступени развитія начинаютъ обращать вниманіе и на исторію своего права, начинаютъ изучать историческіе фазисы, черезъ которые прошли отдѣльные правовые институты, входящіе въ составъ данной правовой системы.

Въ зависимости отъ этого въ составѣ юридическихъ наукъ начинаютъ различать науки *историческія* и *догматическія.*

На первыхъ порахъ какъ историческое, такъ и догматическое изученіе ограничивается предѣлами одной *данной* правовой системы. Различіе между исторіей и догмой права при такихъ условіяхъ сводится къ тому, что исторія права изучаетъ послѣдовательную *смѣну во времени* правовыхъ институтовъ даннаго народа, а догма разсматриваетъ эти институты въ томъ видѣ, въ какомъ они представляются *при данныхъ условіяхъ мѣста* и *времени.*

На этой ступени развитія не только догма, но и исторія права носитъ характеръ чисто *описательной* науки, ибо указать отдѣльные фазисы, чрезъ которые прошелъ данный правовой институтъ, или группа институтовъ, не значитъ еще объяснить ихъ.

Со временемъ начинаютъ интересоваться и другими правовыми системами кромѣ той, которая непосредственно дѣйствуетъ у даннаго народа. При этомъ обнаруживается рядъ характерныхъ сходствъ и различій между отдѣльными системами.

Естественно, что начинаются сопоставленія, сравненіе однѣхъ системъ съ другими, вырабатывается такъ называемый *сравнительный методъ*, который переходитъ затѣмъ въ *историко-сравнительный:* отличіе послѣдняго отъ перваго заключается въ томъ, что начинаютъ сравнивать не любыя правовыя системы, а правовыя системы народовъ, стоящихъ на приблизительно одинаковой ступени культуры.

Одновременно съ этимъ начинаютъ обращать вниманіе на связь,

существующую между правовыми явленіями и соціальными явленіями иного порядка, пытаются установить соотношеніе между тѣми и другими.

Въ результатѣ получается рядъ эмпирическихъ обобщеній, рядъ индукцій, которыя проливаютъ совершенно новый свѣтъ на ходъ развитія права у отдѣльныхъ народовъ и подготовляютъ объясненіе конкретныхъ правовыхъ явленій, указывая пути къ разграниченію того, что въ данной правовой системѣ должно быть приписано вліянію общихъ причинъ, и что объясняется мѣстными особенностями.

2) Впрочемъ, надо замѣтить, что взгляды изслѣдователей на задачи юридическихъ наукъ еще далеко не установились. Многіе и теперь еще считаютъ, что исторія и догма каждой правовой системы составляютъ нѣчто замкнутое, цѣлое, что подлежитъ изученію безъ всякой примѣси историко-сравнительнаго элемента.

Другіе напротивъ не придаютъ такимъ изслѣдованіямъ никакой цѣны и требуютъ широкаго примѣненія историко-сравнительнаго метода. То и другое представляетъ собою крайность. Историческое и догматическое описаніе *дѣйствующаго* права всегда сохранитъ важное значеніе, ибо отвѣчаетъ весьма серьезнымъ практическимъ потребностямъ. Но нельзя ограничиваться имъ. Изучая частности, не слѣдуетъ терять изъ вида связи ихъ съ цѣлымъ.

Поддерживать эту связь — задача энциклопедіи права — задача весьма важная, хотя далеко не всегда ясно сознанная и правильно формулированная.

До сихъ поръ на вопросъ, чѣмъ должна быть энциклопедія права, даются еще весьма различные отвѣты [1]).

a) По мнѣнію однихъ, задача энциклопедіи заключается въ краткомъ, конспективномъ обзорѣ содержанія отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ.

Ея значеніе чисто пропедевтическое, она служитъ для общаго ознакомленія начинающихъ съ важнѣйшими вопросами, какіе затрагиваются государственнымъ, уголовнымъ, гражданскимъ правомъ и т. д.

Такая постановка вопроса равносильна отрицанію энциклопедіи въ смыслѣ самостоятельной науки.

b) Другіе отождествляютъ энциклопедію съ философіей права.

---

[1]) Коркуновъ, лекціи по общей теоріи права, стр. 8-ая.

При этомъ одни понимаютъ подъ философіей права ученіе объ идеальномъ, т. н. *естественномъ правѣ*, которое яко-бы существуетъ наряду съ положительнымъ правомъ и коренится въ самой природѣ человѣка.

Основное предположеніе этой теоріи то, что человѣкъ обладаетъ извѣстными врожденными идеями или стремленіями, напр., идеей правды и справедливости, или стремленіемъ къ соціальной жизни, къ самохраненію, къ совершенствованію и т. п. Эти идеи или стремленія познаются интуитивно, путемъ непосредственнаго интеллектуальнаго созерцанія и на нихъ должна быть построена чисто логическимъ путемъ, помимо всякихъ указаній опыта, система идеальнаго, естественнаго или разумнаго права.

Ученіе о естественномъ правѣ пользовалось громаднымъ авторитетомъ и почти всеобщимъ признаніемъ въ XVII и XVIII в. Въ то время возникъ цѣлый рядъ системъ естественнаго права, съ которыми намъ придется еще познакомиться ближе при изложеніи исторіи философіи права. Въ настоящее время это ученіе въ своемъ чистомъ видѣ не встрѣчаетъ уже адептовъ. Необходимость считаться съ дѣйствительной, реальной жизнью, съ положительнымъ правомъ, сознается всѣми.

Но за всѣмъ тѣмъ многіе всетаки считаютъ возможнымъ ставить наряду съ положительнымъ правовѣдѣніемъ новую дисциплину философіи права съ смыслѣ ученія о метафизическихъ сверхопытныхъ основахъ права.

Исходная точка зрѣнія представителей этой новой философіи права телеологическая: все въ мірѣ, по крайней мѣрѣ въ духовномъ мірѣ, предназначено для служенія опредѣленной цѣли, опредѣлнной идеи, стремиться къ постепенному воплощенію ея. Отдѣльные моменты развитія, черезъ которые проходитъ жизнь человѣчества, суть стадіи на пути къ достиженію поставленныхъ ему цѣлей. Отсюда въ приложеніи къ праву получается такое построеніе: въ правовыхъ учрежденіяхъ сквозитъ, проявляется общая идея права, сами смѣняющіяся правовыя учрежденія представляютъ собою отдѣльныя стадіи воплощенія этой общей идеи. Задачи философіи права заключается въ томъ, чтобы угадать, найти эту метафизическую основу права, понять ее какъ цѣль, какъ идеалъ, а смѣняющіяся положительныя системы права какъ рядъ все болѣе совершенствующихся попытокъ приближенія къ этому идеалу, воплощенія его.

Противъ этой теоріи можно возразить то, что можетъ быть противопоставлено всякому метафизическому ученію: она допускаетъ, что намъ доступно познаніе сокровенной сущности вещей. Эта несбыточная мечта: наше познаніе ограничено данными личнаго и коллективнаго опыта, а опытъ даетъ намъ возможность познать одни только явленія. Что лежитъ за ними, то можетъ составить объектъ вѣры, но не знанія.

c) Наряду съ указанными направленіями существуетъ еще третье, которое въ настоящее время пріобрѣтаетъ все больше приверженцевъ.

Представители этого направленія настаиваютъ на замѣнѣ энциклопедіи—общей теоріей права. Дѣло въ томъ, что каждая изъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ изучаетъ лишь какую нибудь опредѣленную группу правовыхъ явленій. Желательно, чтобъ сверхъ того была создана наука, которая изучала бы основныя особенности и общіе законы развитія правовыхъ явленій вообще. Такая наука и представляла бы собою общую теорію права, которая, въ отличіе отъ т. н. философіи права, не задавалась бы цѣлью установить метафизическія основы права, а покоилась бы также на данныхъ опыта, какъ и остальныя юридическія науки, отличаясь отъ нихъ большей об~~язанностью~~ *щностью* своихъ задачъ.

Такую постановку вопроса нельзя не признать совершенно правильной.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ не слѣдуетъ упускать изъ виду, что сколько нибудь удовлетворительное выполненіе поставленной задачи, построеніе общей теоріи права, дѣйствительно заслуживающей этого имени, дѣло до чрезвычайности трудное и пока невыполнимое.

Правовыя явленія, какъ всѣ соціальныя явленія, подлежатъ изученію какъ продуктъ, какъ комбинація извѣстныхъ психическихъ факторовъ. Но непосредственно намъ даны только внѣшнія проявленія этихъ психическихъ факторовъ,—нормы права съ одной стороны, дѣйствія лицъ, подчиненныхъ этимъ нормамъ, съ другой стороны. Изученіемъ этихъ внѣшнихъ проявленій правовыхъ явленій пока только и занимаются.

Все, что можетъ быть дано на основаніи указаннаго матерьяла,—это съ одной стороны попытки *описанія* основныхъ внѣшнихъ проявленій права, опредѣленія и классификаціи ихъ,—съ другой стороны—рядъ индуктивныхъ обобщеній, *эмпирическихъ законовъ*, опредѣляю-

щихъ ~~временную~~ связь этихъ внѣшнихъ проявленій права между собою и связь ихъ съ другими соціальными явленіями.

Даже эта подготовительная задача, особенно вторая половина ея, далеко не можетъ считаться законченной.

Что же касается замѣны эмпирическихъ законовъ внѣшнихъ проявленій права ихъ психологическими эквивалентами и сведенія послѣднихъ къ комбинаціямъ болѣе простыхъ психическихъ факторовъ, то сколько нибудь полное разрѣшеніе этой задачи дѣло отдаленнаго будущаго; пока возможны только подготовительные шаги на пути къ построенію общей теоріи права: это необходимо постоянно имѣть въ виду, чтобы не предъявлять неисполнимыхъ до поры до времени требованій къ себѣ и другимъ.

2) Намъ остается сказать нѣсколько словъ о литературѣ предмета [1]).

Изъ новѣйшихъ нѣмецкихъ учебниковъ энциклопедіи заслуживаютъ вниманія: Merkel, juristische Encyclopädie, 1885, и Gareis, Encyclopädie und Methoologie der Rechtswissenschaft 1887. Оба даютъ краткій конспективный обзоръ содержанія спеціальныхъ юридическихъ дисциплинъ, которому предпосылается краткое общее ученіе о правѣ. Послѣднее особенно у Меркеля весьма цѣнно. Изъ болѣе старыхъ можно указать энциклопедіи Аренса (Ahrens. juristische Encyclopädie 1857), Варнкенига (Warnkönig, Juristische Encyclopädie 1853) и Вальтера (Walter, juristische Encyclopädie, 1856).

Въ русской литературѣ имѣются: 1) Рождественскій, энциклопедія законовѣдѣнія, 1863; она содержитъ общее ученіе о правѣ и обзоръ содержанія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ; 2) Капустинъ, юридическая догматика 1868 и Ренненкампфъ, очерки юридической энциклопедіи; 2 изд. 1880 г. и юридическая энциклопедія 1889 г.; оба даютъ общее ученіе о правѣ; 3) Каратевичъ, энциклопедія права 1872 г. и Деларовъ, очерки энциклопедіи права 1878, оба труда далеко не окончены. 4) Коркуновъ, лекціи по общей теоріи права, изд. 3, 1894 г.

---

[1]) Подробныя литературныя указанія у Коркунова, ук. соч.

Энциклопедія права.

ОТДѢЛЪ I.

Общая характеристика правовыхъ явленій.

§ 5. Психологическія основы права.

1) Совмѣстная жизнь, общеніе людей даже въ самой примитивной формѣ предполагаетъ извѣстную взаимную уступчивость и оказаніе другъ другу помощи противъ возможныхъ бѣдъ и опасностей, грозящихъ отдѣльнымъ членамъ данной соціальной группы и всей группѣ извнѣ и изнутри.

Первое вытекаетъ изъ того кореннаго факта, что потребности людей возрастаютъ въ общемъ гораздо быстрѣе, чѣмъ средства къ удовлетворенію ихъ, второе—изъ не менѣе кореннаго факта относительной слабости, беззащитности отдѣльнаго индивида въ борьбѣ съ природой и ему подобными.

Оба эти момента приводятъ, въ примѣненіи къ повторяющимся конкретнымъ случаямъ, въ которыхъ либо приходится проявлять уступчивость, либо приходить на помощь другимъ, къ выработкѣ извѣстныхъ прочныхъ *ассоціацій идей*, въ силу которыхъ при наступленіи такихъ-то и такихъ-то обстоятельствъ ожидается такое-то и такое-то поведеніе заинтересованныхъ лицъ, такія-то и такія-то дѣйствія ихъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, когда это ожиданіе не сбывается, возникаетъ общее *чувство возмущенія* противъ того, кто такъ или иначе нарушилъ обычный порядокъ, и *стремленіе отомстить* ему за это,—стремленіе, которое выражается въ тѣхъ или иныхъ репрессивныхъ дѣйствіяхъ.

Въ указанныхъ ассоціаціяхъ идей, чувствахъ и стремленіяхъ слѣдуетъ усмотрѣть *зародышъ общественнаго правосознанія* въ смыслѣ

возникновенія смутнаго представленія о различіи между *правомъ и обязанностью* съ одной стороны, между *правомъ и неправдой* съ другой.

Появленіе этого зачаточнаго общественнаго правосознанія на первыхъ же порахъ влечетъ за собою одно весьма важное послѣдствіе, а именно потребность въ опредѣленномъ внѣшнемъ авторитетѣ, какъ хранителѣ и истолкователѣ этого общаго внутренняго правосознанія. Указанная потребность выражается на первыхъ порахъ въ созданіи нѣкоего подобія организованнаго суда. Этому способствуютъ два обстоятельства. Съ одной стороны, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, потерпѣвшій или считающій себя таковымъ вынужденъ обращаться къ коллективной помощи другихъ для возстановленія нарушеннаго ~~порядка~~ права или наложенія той или другой кары, того или другаго взысканія на обидчика, а такое обращеніе за помощью къ другимъ по самому существу дѣла предполагаетъ предварительное ознакомленіе этихъ лицъ съ сущностью происшедшаго столкновенія. Съ другой стороны, лица, къ которымъ обращаются за помощью, поневолѣ должны требовать отъ жалобщика представленія какихъ нибудь доказательствъ въ подтвержденіе правильности его жалобы, во избѣжаніе нареканій отъ остальныхъ членовъ соціальной группы. Отсюда только шагъ къ предоставленію разрѣшенія важнѣйшихъ столкновеній либо сходу всѣхъ полноправныхъ членовъ данной соціальной группы, либо отдѣльнымъ, незаинтересованнымъ въ дѣлѣ лицамъ, пользующимся по тѣмъ или другимъ причинамъ особымъ авторитетомъ и значеніемъ (напр. жрецамъ или старѣйшинамъ).

Появленіе болѣе или менѣе организованнаго суда въ связи съ сопровождающей его выработкой системы репрессивныхъ мѣръ приводитъ къ тому, что чисто конкретное на первыхъ порахъ общественное правосознаніе начинаетъ пріобрѣтать все болѣе отвлеченный характеръ. Во-первыхъ человѣкъ, замѣчая, что нарушеніе существующаго порядка вещей ведетъ на практикѣ къ тѣмъ или инымъ невыгоднымъ послѣдствіямъ, избѣжать которыхъ становится все труднѣе, все болѣе пріучается дѣйствовать по принятому даже тамъ, гдѣ ему лично хотѣлось бы поступить иначе: простая привычка переходитъ въ живое *чувство обязательности подчиненія* установившемуся порядку вещей, воплощенному въ авторитетныхъ представителяхъ его; это чувство на первыхъ порахъ еще тѣсно

связано съ представленіемъ о невыгодныхъ послѣдствіяхъ иного образа дѣйствій, но со временемъ пріобрѣтаетъ самостоятельное значеніе, благодаря извѣстному ассоціативному закону, въ силу котораго то, что сначала представлялось желательнымъ лишь какъ средство для достиженія извѣстныхъ цѣлей (извлеченія извѣстныхъ выгодъ или избѣжанія извѣстныхъ неудобствъ), подъ вліяніемъ привычки становится желательнымъ само по себѣ, изъ средства обращается въ цѣль.

Это одно. Во вторыхъ, подъ вліяніемъ тѣхъ же стимуловъ, крѣпнетъ убѣжденіе, что не только въ тѣхъ случаяхъ, которые встрѣчаются въ повседневной практикѣ, но и во всякихъ другихъ должны существовать извѣстныя правила, какъ слѣдуетъ поступать самому и чего можно требовать отъ другихъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ является *потребность знать*, какъ именно слѣдуетъ поступать самому въ томъ или другомъ конкретномъ случаѣ и чего именно можно требовать отъ другихъ. Для удовлетворенія этой потребности начинаютъ обращаться за совѣтами къ лицамъ, пользующимся общимъ уваженіемъ (обыкновенно къ тѣмъ же лицамъ, къ которымъ обращаются и за разрѣшеніемъ происшедшихъ столкновеній).

Этимъ кладется начало образованію *обычнаго права*, въ смыслѣ совокупности болѣе или менѣе общихъ правилъ, которыя, какъ таковыя, получаютъ обязательную силу для членовъ даннаго общества и охраняются особо призванными къ тому лицами. Сначала эти обычаи переходятъ отъ поколѣнія къ поколѣнію въ формѣ устныхъ преданій, медленно дополняясь и видоизмѣняясь. Затѣмъ переходятъ къ письменному закрѣпленію ихъ.

Послѣднее обстоятельство имѣетъ весьма важное значеніе. Съ одной стороны, благодаря ему, складывающіяся въ данной средѣ правила общежитія окончательно объективируются, выливаются во внѣшнюю, т. ск. осязательную форму, пріобрѣтаютъ большую опредѣленность и независимость отъ конкретнаго субъективнаго правосознанія отдѣльныхъ членовъ данной соціальной среды.

Съ другой стороны, представленіе о правѣ, до тѣхъ поръ тѣсно связанное съ представленіемъ о внѣшнемъ авторитетѣ, носителѣ его, медленно начинаетъ обособляться: чувство обязательности подчиненія существующему порядку, воплощенному въ представителяхъ его, разлагается на свои элементы, образуются два самостоятельныя чувства: обязательности подчиненія существующему порядку

и обязательности подчиненія указаніямъ внѣшнихъ авторитетовъ, носителей и защитниковъ правового порядка.

Кстати сказать, послѣднее чувство, порождая привычку послушанія съ одной стороны, вмѣстѣ съ тѣмъ порождаетъ привычку властвовать, повелѣвать, требовать подчиненія съ другой, и тѣмъ самымъ становится прочнымъ фундаментомъ организованной общественной власти: личный авторитетъ, преклоненіе предъ тѣми или другими личными качествами руководителей уступаетъ мѣсто авторитету положенія, преклоненію предъ внѣшними аттрибутами власти.

Дальнѣйшее усложненіе общественной жизни, образованіе правящаго класса, возрастающее неравенство между отдѣльными общественными слоями, появленіе спеціальныхъ и нерѣдко противоположныхъ интересовъ среди представителей различныхъ профессій приводитъ къ тому, что наряду съ обычнымъ правомъ начинаетъ проявляться и законодательная дѣятельность. Этому способствуетъ прежде всего то обстоятельство, что усиленіе общественныхъ неравенствъ, сопровождающееся появленіемъ противоположныхъ интересовъ и потребностей среди отдѣльныхъ классовъ общества, задерживаетъ спокойный ростъ общихъ обычно-правовыхъ началъ. Вслѣдствіе этого постепенно усложняющаяся соціальная жизнь начинаетъ опережать развитіе обычнаго права. Является потребность въ сознательномъ установленіи новыхъ, а также въ измѣненіи дѣйствующихъ правилъ общежитія. И вотъ въ результатѣ начинается законодательная дѣятельность, органы, формы и конкретное содержаніе которой бываютъ весьма различны и зависятъ отъ степени развитія самой соціальной среды и отъ окружающихъ ее внѣшнихъ условій.

Въ зависимости отъ того или иного характера этой дѣятельности измѣняется и общественное правосознаніе. При благопріятныхъ условіяхъ оно переходитъ изъ чувства обязательности подчиненія существующему, изстари сложившемуся порядку вещей въ живое чувство обязательности подчиненія *законному* порядку вообще; при неблагопріятныхъ условіяхъ оно напротивъ вытѣсняется слѣпымъ чувствомъ обязательности подчиненія волѣ властвующихъ. Въ большинствѣ случаевъ то и другое чувство въ разныхъ пропорціяхъ борятся между собою.

2) Мы разсмотрѣли общія условія возникновенія и роста общественнаго правосознанія, и попутно указали на главнѣйшія внѣшнія формы выраженія складывающихся въ данной средѣ правилъ

общежитія, каковыми въ порядкѣ исторической преемственности являются судебныя рѣшенія, обычное право и законодательная дѣятельность.

При этомъ нами было отмѣчено, что конкретное на первыхъ порахъ правосознаніе со временемъ пріобрѣтаетъ все болѣе отвлеченный характеръ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ оно все болѣе превращается въ источникъ обязательности соблюденія тѣхъ или другихъ правилъ общежитія *вообще*, безотносительно къ содержанію дѣйствующихъ въ данной средѣ конкретныхъ нормъ.

Въ виду этого возникаетъ такой вопросъ: чѣмъ же опредѣляется *содержиніе* слагающихся въ данной средѣ правилъ общежитія, и чѣмъ объясняется особенно на высшихъ ступеняхъ соціальнаго развитія, что въ данной соціальной средѣ дѣйствуютъ именно данныя нормы, а не другія какія нибудь?

При разрѣшеніи этого вопроса необходимо имѣть въ виду, что всякое правило общежитія по существу своему есть *требованіе*, обращенное къ членамъ даннаго общежитія,—требованіе, съ которымъ должно быть соразмѣрено поведеніе данныхъ лицъ.

Всякое требованіе предполагаетъ представленіе о какой нибудь *цѣли* и объ извѣстныхъ *средствахъ* для достиженія ея.

Цѣли, какія могутъ быть намѣчены въ данномъ общежитіи, и средства, какія имѣются въ распоряженіи для достиженія ихъ, зависятъ отъ характера и степени развитія самой среды и отъ окружающихъ ее внѣшнихъ условій.

Отъ степени же развитія соціальной среды и отъ окружающихъ ее внѣшнихъ условій зависитъ также, какія изъ возможныхъ цѣлей и средствъ одобряются ею, признаются дозволенными или обязательными.

Сначала эти цѣли и средства намѣчаются, такъ сказать, инстинктивно, затѣмъ они постепенно укрѣпляются подъ вліяніемъ привычки и подражательности и формулируются въ видѣ опредѣленныхъ правилъ общежитія. Съ этого времени становится возможнымъ болѣе сознательное отношеніе къ указаннымъ правиламъ, которое мало-помалу переходитъ въ критическую оцѣнку цѣлесообразности ихъ.

Разъ возникло такое сознательное и критическое отношеніе къ дѣйствующимъ правиламъ общежитія, то дальнѣйшее сохраненіе или измѣненіе ихъ и дополненіе или замѣна ихъ новыми правилами

опредѣляется *представленіями о цѣлесообразности* или нецѣлесообразности ихъ въ смыслѣ средствъ для достиженія тѣхъ или другихъ цѣлей, съ одной стороны, и господствующими въ данной средѣ правовыми идеалами съ другой.

Но этого недостаточно: представленія о цѣлесообразности данныхъ нормъ и идеалы будущаго могутъ быть различны у разныхъ классовъ населенія. Чьи же представленія и идеалы имѣютъ въ данномъ случаѣ рѣшающее значеніе? Отвѣтъ ясенъ: *представленія* и *идеалы правящихъ классовъ* и *лицъ*, какіе существовали въ прошедшемъ и какіе на лицо имѣются въ настоящемъ.

Представленія и идеалы этихъ классовъ и лицъ въ данномъ частномъ случаѣ могутъ совпадать съ соотвѣтствующими представленіями и идеалами большинства населенія или расходиться съ ними. Это зависитъ съ одной стороны отъ общаго уровня культурнаго развитія населенія, съ другой стороны оттого, какіе классы населенія успѣли выдвинуться впередъ, въ какой формѣ выражается участіе ихъ въ общественныхъ дѣлахъ и т. д.

Въ зависимости отъ этого возможны самыя разнообразныя комбинаціи. Не вдаваясь въ подробности, мы замѣтимъ только, что большее или меньшее соотвѣтствіе дѣйствующихъ въ данной соціальной средѣ правилъ общежитія съ желаніями и представленіями большинства населенія усиливаетъ авторитетность ихъ: это потому, что въ такихъ случаяхъ правосознаніе въ смыслѣ чувства обязательности подчиненія законному порядку вообще *ассоціируется* съ убѣжденіемъ въ цѣлесообразности дѣйствующаго порядка, конкретныхъ нормъ. И наоборотъ: антогонизмъ въ указанномъ отношеніи приводитъ къ борьбѣ между чувствомъ обязательности подчиненія законному порядку вообще и сознаніемъ нецѣлесообразности дѣйствующаго порядка, что можетъ привести къ ослабленію чувства законности, а при извѣстныхъ условіяхъ и къ столкновеніямъ между правящими классами или лицами съ большинствомъ населенія.

3) Намъ остается коснуться еще одного пункта. Выше было замѣчено, что уже примитивное правосознаніе связано съ возникновеніемъ смутнаго представленія о различіи между правомъ и обязанностью съ одной стороны, между правомъ и неправдой съ другой. Это предполагаетъ созданіе извѣстнаго масштаба для оцѣнки собственныхъ и чужихъ дѣйствій.

На первыхъ порахъ такимъ масштабомъ служитъ соотвѣтствіе или

несоотвѣтствіе данныхъ дѣйствій съ прочно установившимися ассоціаціями идей, въ силу которыхъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ ожидается извѣстное поведеніе заинтересованныхъ лицъ. Въ зависимости отъ наличности или отсутствія подобнаго соотвѣтствія данныя конкретныя дѣйствія одобряются или осуждаются, считаются правильными или вызываютъ извѣстныя репрессивныя мѣры.

Въ результатѣ съ представленіемъ объ извѣстныхъ, болѣе или менѣе часто повторяющихся дѣйствіяхъ соединяется представленіе о дозволенности или недозволенности ихъ.

По мѣрѣ того, какъ крѣпнетъ общественное правосознаніе и складывается система объективныхъ правилъ общежитія, представленіе о дозволенности или недозволенности извѣстныхъ дѣйствій ассоціируется съ представленіемъ о соотвѣтствіи или несоотвѣтствіи ихъ съ дѣйствующими нормами. Другими словами, субъективный масштабъ оцѣнки дѣйствій замѣняется *объективнымъ*.

Дѣйствія, согласныя со сложившимися правилами общежитія, признаются правомѣрными, дѣйствія, противорѣчащія имъ—неправомѣрными.

Параллельно съ указаннымъ процессомъ совершается другой.

Совершая постоянно при одинаковыхъ обстоятельствахъ одни и тѣ же опредѣленныя дѣйствія и достигая ими опредѣленныхъ результатовъ, человѣкъ привыкаетъ смотрѣть на безпрепятственное совершеніе и впредь этихъ дѣйствій и на предоставленіе ему пользоваться результатами ихъ, какъ на нѣчто само собою разумѣющееся; равнымъ образомъ, воздерживаясь при извѣстныхъ условіяхъ отъ извѣстныхъ дѣйствій, онъ и подобное воздержаніе начинаетъ считать вполнѣ естественнымъ. Въ первомъ—слѣдуетъ усмотрѣть зародышъ сознанія о собственномъ и чужомъ правѣ, во-второмъ—зародышъ сознанія о собственныхъ и чужихъ обязанностяхъ.

Реакція, вызываемая отдѣльными случаями нарушенія установившихся отношеній и выражающаяся въ извѣстныхъ репрессивныхъ дѣйствіяхъ противъ провинившагося, укрѣпляетъ сознаніе собственныхъ обязанностей по отношенію къ другимъ и усиливаетъ сознаніе собственнаго права.

Весьма важное значеніе имѣетъ далѣе появленіе болѣе или менѣе организованнаго суда и постепенная выработка цѣлой *системы* репрессивныхъ дѣйствій примѣнительно къ наиболѣе часто встрѣчающимся случаямъ нарушенія существующихъ отношеній. Именно,

благодаря этому представленіе объ отдѣльныхъ конкретныхъ правахъ (въ смыслѣ возникшихъ установленнымъ, обычнымъ путемъ отношеній къ опредѣленнымъ объектамъ) ассоціируется съ представленіемъ объ опредѣленныхъ репрессивныхъ мѣрахъ, служащихъ средствами защиты этихъ правъ.

Въ результатѣ является представленіе о конкретномъ субъективномъ правѣ какъ особомъ отношеніи къ опредѣленному объекту, охраняемому особыми мѣрами.

Вмѣстѣ съ тѣмъ является представленіе о томъ, что нарушеніе конкретнаго права создаетъ особыя отношенія между потерпѣвшимъ и провинившимся, спеціальныя требованія перваго и спеціальныя обязанности втораго.

Сначала подобныя спеціальныя требованія и обязанности возникаютъ почти исключительно на почвѣ совершенія деликта, правонарушенія.

Со временемъ, по мѣрѣ развитія среды, по мѣрѣ того, какъ наряду съ пассивной уступчивостью получаютъ все большее значеніе активная взаимопомощь, сочетаніе и раздѣленіе труда для лучшаго достиженія общихъ цѣлей, подобныя спеціальныя требованія и соотвѣтствующія имъ обязанности начинаютъ устанавливаться и добровольно, на почвѣ взаимнаго соглашенія.

Что касается дальнѣйшаго развитія, то оно обусловливается главнымъ образомъ развитіемъ общаго чувства законности въ данной средѣ.

По мѣрѣ усиленія этого чувства, по мѣрѣ образованія самостоятельной системы объективныхъ правилъ общежитія, объективныхъ нормъ, представленіе о субъективныхъ правахъ и обязанностяхъ ассоціируется съ представленіемъ объ извѣстныхъ нормахъ, санкціонирующихъ ихъ, служащихъ имъ основаніемъ. Въ результатѣ, на субъективныя права и обязанности начинаютъ смотрѣть какъ на продуктъ объективнаго права, признаютъ ихъ постолько, посколько они признаны послѣднимъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, по мѣрѣ того, какъ совершенствуются формы обезпеченія, защиты конкретныхъ требованій и притязаній, представленіе о субъективномъ правѣ все тѣснѣе ассоціируется съ чувствомъ увѣренности въ томъ, что представители власти стоятъ на стражѣ этого права, что всякія препятствія къ пользованію имъ будутъ по возможности устранены и парализованы.

Отсюда въ результатѣ вѣра въ силу и значеніе собственнаго права и преклоненіе предъ чужимъ правомъ, характеризующія развитый правовой порядокъ.

4) Этимъ мы закончимъ нашъ краткій обзоръ важнѣйшихъ психологическихъ основъ права.

Въ заключеніе лишь одно еще замѣчаніе. Мы до сихъ поръ намѣренно, чтобъ не затемнять ходъ нашихъ разсужденій, оставили въ сторонѣ одно обстоятельство, значительно осложняющее процессъ образованія правосознанія и сопровождающіе его другіе процессы. Дѣло въ томъ, что у всѣхъ народовъ на первыхъ ступеняхъ ихъ развитія замѣчается смѣшеніе области права съ областью религіи и нравственности.

Правосознаніе первоначально сливается съ религіознымъ и нравственнымъ чувствомъ; правила общежитія смѣшиваются съ религіозными велѣніями и требованіями нравственности; правовая обязанность не отличается отъ религіознаго и нравственнаго долга; неправомѣрное дѣйствіе отождествляется съ религіознымъ грѣхомъ и нарушеніемъ нравственной обязанности и т. д.; лишь постепенно право и религія, право и нравственность начинаютъ различаться и противополагаться другъ другу.

Процессъ этотъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ и теперь еще не можетъ считаться законченнымъ. Мы не будемъ останавливаться на немъ, такъ какъ это завело бы насъ слишкомъ далеко, и отмѣтимъ только въ своемъ мѣстѣ результаты, къ которымъ онъ привелъ. Теперь же мы прямо перейдемъ къ характеристикѣ правовыхъ явленій дѣйствительности, къ изученію развитаго правоваго быта.

§ 6. Понятіе права въ объективномъ смыслѣ: обзоръ важнѣйшихъ попытокъ опредѣленія его.

Терминъ «право» употребляется въ двоякомъ смыслѣ: въ объективномъ и субъективномъ.

Подъ правомъ въ объективномъ смыслѣ понимаютъ совокупность извѣстныхъ, обязательныхъ велѣній или правилъ общежитія, называемыхъ юридическими нормами. Въ этомъ смыслѣ говорятъ напр.: «право съ такими то дѣйствіями связываетъ такія то послѣдствія»; это значитъ, что согласно дѣйствующимъ въ данной средѣ юридическимъ нормамъ совершеніе такихъ-то дѣйствій *должно* повлечь за собою такія-то послѣдствія.

Подъ правомъ въ субъективномъ смыслѣ понимаютъ признаваемую въ данной средѣ за отдѣльными лицами и ближе регулированную объективнымъ правомъ свободу совершенія или несовершенія опредѣленныхъ дѣйствій. Въ этомъ смыслѣ говорятъ напр.: «я по закону имѣю право совершить то-то», или: «я по закону имѣю право требовать отъ другаго того-то»; это значитъ, что въ предѣлахъ, указываемыхъ объективнымъ правомъ, данный субъектъ можетъ по своему усмотрѣнію совершать или не совершать извѣстныя дѣйствія.

Обыкновенно соотношеніе между объективнымъ и субъективтивнымъ правомъ выражается такимъ образомъ: объективное право служитъ основаніемъ отдѣльныхъ субъективныхъ правъ и обязанностей, или иначе, объективное право устанавливаетъ отдѣльныя субъективныя права и обязанности. Словомъ, на субъективныя права смотрятъ какъ на продуктъ объективнаго права.

Это невѣрно: объективное право, т. е. дѣйствующія въ данной средѣ юридическія нормы, служитъ только *внѣшнимъ критеріемъ*, по которому можно судить о томъ, признается ли данный интересъ заслуживающимъ уваженія, признается ли удовлетвореніе его цѣлесообразнымъ или нѣтъ. Самое же признаніе уважительности его зависитъ отъ тѣхъ самыхъ факторовъ, отъ которыхъ зависитъ содержаніе юридическихъ нормъ, т. е. главнымъ образомъ отъ взглядовъ и убѣжденій правящихъ классовъ и лицъ, которыя въ свою очередь конечно тоже не имѣютъ случайнаго характера, а опредѣляются степенью развитія этихъ классовъ и лицъ, и окружающими ихъ внѣшними условіями.

Впрочемъ, мы еще вернемся къ этому вопросу. Въ настоящее время мы должны прежде всего точнѣе опредѣлить, что такое объективное право.

Мы видѣли, что объективное право есть общее названіе для дѣйствующихъ въ данной средѣ юридическихъ нормъ, точнѣе, для тѣхъ велѣній, которыя именуются юридическими нормами.

Занимающій насъ вопросъ поэтому можетъ быть формулированъ такимъ образомъ: чѣмъ отличаются тѣ велѣнія, которыя называются юридическими нормами, отъ всякихъ другихъ велѣній?

Ближайшій отвѣтъ на это повидимому таковъ: юридическія нормы суть *обязательныя* велѣнія. Этимъ онѣ противополагаются всѣмъ остальнымъ правиламъ, которыя представляютъ собою лишь *факультативныя* велѣнія., т.е. подчиненіе которымъ произвольно, добровольно.

Но во-первыхъ, какъ мы ниже увидимъ, не всѣ юридическія нормы одинаково обязательны: бываютъ такія, соблюденіе которыхъ обязательно только при извѣстныхъ условіяхъ (т. н. диспозитивныя нормы). Такимъ образомъ, степень обязательности нормъ не одинакова.

Но и вообще понятіе обязательности само по себѣ недостаточно опредѣленно. Вѣдь и соблюденіе нравственныхъ правилъ или религіозныхъ велѣній обязательно. Но очевидно, обязательность ихъ иного рода, чѣмъ обязательность юридическихъ нормъ.

Наконецъ, еслибы мы даже согласились называть обязательными только юридическія нормы, то все-таки возникъ бы еще вопросъ о внѣшней отличимости ихъ отъ другихъ велѣній, о внѣшнемъ критеріи, по которому мы могли бы судить, есть ли данное велѣніе юридическая норма или нѣтъ.

Въ литературѣ существуетъ цѣлый рядъ попытокъ опредѣлить существенные признаки юридическихъ нормъ въ отличіе отъ другихъ велѣній. Разсмотримъ важнѣйшія изъ нихъ.

1) Долгое время держался взглядъ, что юридическія нормы, составляющія въ своей совокупности объективное право, суть *велѣнія органовъ государственной власти*. Съ этой точки зрѣнія право отождествляется съ законодательствомъ, оно есть совокупность государственныхъ законовъ.

Конечно, такимъ путемъ устанавливается внѣшній критерій, на основаніи котораго правовыя нормы могутъ быть отличаемы отъ всякихъ другихъ правилъ, отъ всякихъ другихъ велѣній.

Но какъ примирить съ этимъ существованіе обычнаго права, которое, очевидно, не подходитъ подъ это опредѣленіе? И дальше: въ какомъ положеніи должно очутиться при такихъ условіяхъ международное право?

2) Другіе ученые исходили изъ того предположенія, что правовыя нормы отличаются отъ другихъ велѣній и въ особенности отъ нравственныхъ правилъ тѣмъ, что первыя составляютъ продуктъ соціальныхъ факторовъ, а нравственныя велѣнія — продуктъ индивидуальныхъ факторовъ. Съ этой точки зрѣнія метафизикъ Гегель напр. опредѣляетъ объективное право какъ *общую волю*,—опредѣленіе, которое и до сихъ поръ признается многими за вполнѣ правильное и точное

Другіе предпочитаютъ характеризовать право какъ установив-

шійся въ данной средѣ соціальный порядокъ (Шеффле) или какъ соціальную совѣсть (Brocher de la Flechère).

Всѣ подобнаго рода опредѣленія въ корнѣ своемъ ошибочны, ибо покоятся на ложномъ предположеніи, будто нравственныя велѣнія не составляютъ въ такой мѣрѣ продукта соціальныхъ факторовъ, какъ юридическія нормы. Но если даже допустить правильность этого основнаго предположенія, то все таки возникаетъ вопросъ, какъ въ данномъ частномъ случаѣ опредѣлить, есть ли данное правило продуктъ общей воли, соціальной совѣсти и т. п. или нѣтъ?

Въ связи съ указанной группой теорій стоитъ другая, которая усматриваетъ отличительную особенность юридическихъ нормъ (по крайней мѣрѣ поскольку рѣчь идетъ о положительномъ правѣ) въ томъ, что онѣ представляютъ собою результатъ историческихъ условій и имѣютъ поэтому лишь относительное значеніе, тогда какъ требованія нравственности носятъ абсолютный характеръ. (Шталь, Аренсъ).

И въ данномъ случаѣ, если даже признать правильнымъ исходное предположеніе этой теоріи, возникаетъ вопросъ о внѣшней отличимости преходящихъ юридическихъ нормъ отъ абсолютныхъ велѣній нравственности.

3) Весьма распространена далѣе теорія, что юридическія нормы суть нормы *принудительныя* въ томъ смыслѣ, что соблюденіе ихъ обезпечивается мѣрами внѣшняго принужденія. Этимъ онѣ отличаются отъ правилъ нравственности, которыя не допускаютъ принужденія.

Въ настоящее время самымъ виднымъ и талантливымъ представителемъ этого взгляда является Іерингъ, который говоритъ (въ Zweck im Recht): «Ходячее опредѣленіе гласитъ: право есть совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ *принудительныхъ* нормъ; оно въ моихъ глазахъ совершенно вѣрно. Два момента, которые оно включаетъ въ себя, суть моментъ нормы и моментъ принудительнаго осуществленія».

Но какъ ни ясна и ни проста эта теорія на первый взглядъ, она при ближайшемъ разборѣ вызываетъ цѣлый рядъ сомнѣній.

Все зависитъ отъ того, что понимать подъ принужденіемъ. Если понимать подъ этимъ *физическое* принужденіе, то прежде всего придется отрицать правовой характеръ если не всѣхъ, то большин-

ства нормъ международнаго права. Но то же придется сказать относительно ряда другихъ нормъ. Ниже мы увидимъ, что во всякомъ правѣ существуютъ нормы, законы безъ санкціи, т. е. такія нормы, такіе законы, несоблюденіе которыхъ не охраняется никакими мѣрами принужденія.

Если же понимать подъ принужденіемъ не только физическое, но и *психическое* принужденіе (какъ это и дѣлаетъ Іерингъ), то, какъ вѣрно замѣчаетъ проф. Коркуновъ, весь споръ дѣлается безпредметнымъ. «Если подъ принужденіемъ разумѣть и психическое принужденіе, то конечно принужденіе сопутствуетъ каждому правовому явленію. Но такое принужденіе стоитъ не только за правовыми нормами, но и за принципами нравственности, и за догматами религіи и даже за логическими и эстетическими законами».

Дѣйствительно, принудительность юридическихъ нормъ, понимаемая въ такомъ широкомъ смыслѣ, сливается съ простой обязательностью ихъ, а понятіе обязательности, какъ уже было замѣчено, слишкомъ неопредѣленно, чтобъ служить надежнымъ критеріемъ для выдѣленія юридическихъ нормъ изъ числа другихъ нормъ, другихъ правилъ.

4) Нѣкоторые пытаются соединить вопросъ объ опредѣленіи права съ вопросомъ объ основаніяхъ обязательности правовыхъ нормъ.

Такъ, Бирлингъ, отвергая въ числѣ другихъ теорію о правѣ какъ совокупности принудительныхъ нормъ, исходитъ при этомъ изъ того положенія, что основаніемъ обязательности юридическихъ нормъ служитъ не внѣшнее принужденіе, не физическая сила, а *признаніе* даннымъ кругомъ лицъ извѣстныхъ правилъ въ качествѣ нормъ совмѣстной жизни. Соотвѣтственно съ этимъ онъ и опредѣляетъ право какъ совокупность нормъ, *признанныхъ* въ качествѣ правилъ совмѣстной жизни со стороны членовъ данной соціальной среды.

Въ этомъ моментѣ, т. е. въ признаніи извѣстныхъ правилъ въ качествѣ нормъ совмѣстной жизни, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ усматриваетъ отличительную особенность правовыхъ нормъ отъ нравственныхъ велѣній.

Впрочемъ, онъ толкуетъ понятіе признанія въ очень широкомъ смыслѣ, объясняя, что подъ признаніемъ не слѣдуетъ понимать одно сознательное, добровольное признаніе; напротивъ, говоритъ

онъ, понятіе признанія обнимаетъ и вынужденное признаніе, а также безсознательное, непроизвольное признаніе. Эту оговорку онъ вынужденъ сдѣлать для того, чтобы объяснить, почему обязательная сила правовыхъ нормъ распространяется и на такихъ лицъ, какъ напр. дѣти или умалишенные, по отношенію къ которымъ, очевидно, не можетъ быть рѣчи о сознательномъ признаніи извѣстныхъ правилъ въ качествѣ нормъ общежитія.

Уже эта оговорка однако выдаетъ искусственность всей теоріи. Безсознательное признаніе—это не есть признаніе, а фикція признанія, ибо признаніе есть актъ мыслительной дѣятельности человѣка и, какъ таковой, немыслимъ тамъ, гдѣ отсутствуетъ сознаніе.

А такъ какъ сознательное отношеніе къ окружающимъ явленіямъ и въ частности къ дѣйствующимъ въ данной средѣ нормамъ существуетъ далеко не у всѣхъ членовъ среды, то отсюда явствуетъ, что признаніе не можетъ служить основаніемъ обязательности юридическихъ нормъ. Мы раньше видѣли, въ чемъ заключается это основаніе или иначе, въ чемъ состоитъ правосознаніе: въ медленно образующемся и передающемся по наслѣдству изъ поколѣнія въ поколѣніе *чувствѣ* обязательности подчиненія законному порядку вообще: это чувство, какъ всякое чувство, можетъ быть болѣе или менѣе живымъ, сознательнымъ, или инстинктивнымъ, полусознательнымъ или совсѣмъ безсознательнымъ; въ послѣднемъ случаѣ оно сливается съ чувствомъ обязательности подчиненія волѣ тѣхъ, отъ кого данное лицо ближайшимъ образомъ зависитъ.

Въ связи съ этимъ находится другое возраженіе. Если бы, дѣйствительно, пріобрѣтеніе данной нормой характера юридической нормы зависѣло отъ признанія ея въ качествѣ правила совмѣстной жизни, то пришлось бы требовать такого признанія по отношенію къ каждой нормѣ въ отдѣльности. Но это совершенно немыслимо, ибо это предполагало бы знакомство всѣхъ со всею совокупностью нормъ, образующихъ дѣйствующее въ данной средѣ право. Поэтому мы и опредѣлили въ своемъ мѣстѣ развитіе правосознанія какъ чувства обязательности подчиненія законному порядку *вообще*, безотносительно къ содержанію дѣйствующихъ конкретныхъ нормъ.

Въ виду всего изложеннаго слѣдуетъ признать, что попытка связать вопросъ объ опредѣленіи права съ вопросомъ объ основаніяхъ обязательности его въ корнѣ своемъ должна быть признана неудачной.

5) Весьма важное мѣсто занимаютъ далѣе теоріи, усматривающія отличительную особенность права въ *цѣляхъ*, которыя оно преслѣдуетъ.

Такъ, одни усматриваютъ эту цѣль въ усовершенствованіи человѣческаго общества, другіе—въ гармоническомъ развитіи личности, третьи—въ упроченіи и развитіи нравственнаго порядка, четвертые—въ примиреніи равенства съ свободой и т. д.

Противъ этихъ теорій нельзя однако не возразить, что всѣ онѣ отличаются крайней неопредѣленностью.

Къ тому же онѣ представляютъ собою не столько объективную характеристику положительнаго реально-существующаго права, сколько субъективное сужденіе отдѣльныхъ изслѣдователей объ идеалахъ, которымъ должно удовлетворять право.

6) Къ указаннымъ теоріямъ близко примыкаетъ ученіе, которое опредѣляетъ юридическія нормы какъ нормы *свободы*.

Среди многочисленныхъ представителей этого взгляда можно отмѣтить два главныхъ теченія. Одни говорятъ, что цѣль права состоитъ въ обезпеченіи свободы. Соотвѣтственно съ этимъ, право опредѣляется, либо какъ жизненный законъ для обезпеченія свободы разумныхъ существъ (Краузе), либо какъ организація жизненныхъ отношеній въ цѣляхъ свободы (Фридлендеръ), либо какъ совокупность взаимныхъ требованій человѣка къ человѣку, которыя необходимы для основаннаго на свободѣ всѣхъ общенія. (Бауманъ).

При такой постановкѣ вопроса опять-таки получается не объективная характеристика существующаго права, а субъективное сужденіе объ идеалахъ, которымъ должно удовлетворять право.

Нѣсколько иную окраску получаетъ теорія о юридическихъ нормахъ какъ нормахъ свободы у тѣхъ изслѣдователей, которые выдвигаютъ моментъ свободы не какъ цѣль объективнаго права, а какъ сущность субъективнаго права.

Субъективное право есть предоставленная лицу, признанная за нимъ сфера свободы, говорятъ они. Но свобода каждаго всегда ограничена извѣстными рамками, извѣстными предѣлами, которые и устанавливаются объективнымъ правомъ.

Съ этой точки зрѣнія объективное право характеризуется, какъ мѣра свободы (Пахманъ). или какъ извѣстный порядокъ человѣческой свободы (Биндингъ), и т. д. Словомъ, выходитъ, что юридическія нормы суть нормы свободы не потому, что цѣль ихъ заклю-

чается въ обезпеченіи свободы, а потому, что онѣ *ограничиваютъ*, ставятъ въ извѣстныя рамки индивидуальную свободу.

При такой постановкѣ вопроса, дѣйствительно, получается объективная характеристика права, а не одно субъективное сужденіе объ идеалахъ права.

Но этого конечно недостаточно для признанія изложенной теоріи удовлетворительной.

Весьма существеннымъ недостаткомъ ея является прежде всего неопредѣленность понятія свободы. Свобода можетъ означать и произволъ, и обезпеченную возможность совершенія или несовершенія извѣстныхъ дѣйствій.

Свобода въ послѣднемъ смыслѣ очевидно внѣ права немыслима. а поэтому право и не можетъ служить мѣрой ея въ томъ отрицательномъ смыслѣ, какой придается этому понятію представителями оспариваемой теоріи: вѣдь они смотрятъ на право какъ на совокупность нормъ, *ограничивающихъ* индивидуальную свободу, и слѣдовательно допускаютъ, что свобода существуетъ раньше права. Съ другой стороны, свобода, въ смыслѣ произвола, не только ограничивается, но прямо возбраняется правомъ. Слѣдовательно, и съ этой точки зрѣнія, опредѣленіе права какъ мѣры свободы не выдерживаетъ критики.

Это одно. Но засимъ, если даже допустить, что право можетъ быть охарактеризовано какъ мѣра свободы въ томъ смыслѣ, что оно ограничиваетъ индивидуальную свободу, все-таки нельзя не замѣтить, что подобныя ограниченія устанавливаются и нравственными и религіозными велѣніями; и про нихъ можно сказать, что они ограничиваютъ свободу человѣка. Такимъ образомъ, приведенное опредѣленіе во всякомъ случаѣ слишкомъ широко, не оттѣняетъ отличительныхъ признаковъ юридическихъ нормъ въ противоположность другимъ.

7) Совершенно своеобразной точки зрѣнія на сущность права держится проф. Коркуновъ въ своихъ лекціяхъ.

Онъ различаетъ во первыхъ этическія и техническія нормы. Къ первымъ онъ причисляетъ нормы юридическія и нравственныя, ко вторымъ—правила гигіены, строительнаго искусства, и т. д.

Основное различіе между тѣми и другими сводится къ тому, что соблюденіе этическихъ нормъ для нормальныхъ людей *обязательно*,

а соблюденіе техническихъ — *факультативно*, ибо несоблюденіе первыхъ разстраиваетъ всю нашу дѣятельность, а несоблюденіе вторыхъ ведетъ лишь къ недостиженію данной отдѣльной цѣли.

Однако, съ этимъ едва ли можно согласиться. Съ чисто субъективной точки зрѣнія, соблюденіе всякой нормы, разъ мы желаемъ достигнуть тѣхъ или другихъ цѣлей, одинаково обязательно; съ другой стороны всякая норма одинаково можетъ быть несоблюдена человѣкомъ, если онъ не пожелаетъ подчиниться ей; въ этомъ смыслѣ всѣ нормы факультативны.

Конечно, человѣкъ пожалуй скорѣе рѣшится не соблюсти какое нибудь техническое правило, чѣмъ требованіе нравственности или предписаніе закона. Но это будетъ уже простое различіе въ степени, а не принципіальное различіе по существу.

Коркуновъ, правда, поясняетъ, что этическія нормы объективно-обязательны, что соблюденіе ихъ не зависитъ отъ субъективнаго усмотрѣнія. Но если даже допуститъ, что это вѣрно по отношенію къ юридическимъ нормамъ, то нельзя сказать того же про велѣнія нравственнаго характера, не прибѣгая къ игрѣ словъ.

Переходя засимъ къ установленію различія между нормами юридическими и нравственными, Коркуновъ говоритъ: «юридическія нормы—это нормы *разграниченія* интересовъ, а нравственныя нормы—нормы *оцѣнки* интересовъ». Другими словами: «задача права—предупрежденіе и устраненіе столкновеній между людьми, задача нравственности—предпочтительный выборъ однихъ цѣлей и средствъ предъ другими».

Обращаясь къ критической оцѣнкѣ этой теоріи, нельзя не замѣтить прежде всего, что проф. Коркуновъ, къ сожалѣнію, не опредѣляетъ ближе, что̀ онъ понимаетъ подъ интересомъ. Это вноситъ съ самаго начала нѣкоторую неясность въ его конструкцію.

Постараемся прежде всего восполнить этотъ недостатокъ. Подъ интересомъ, очевидно, слѣдуетъ подразумѣвать безпрепятственную возможность для человѣка пользоваться любыми средствами для достиженія любыхъ цѣлей.

Установивъ это опредѣленіе—(а мы не знаемъ, какъ бы иначе можно было опредѣлить интересъ) — предложимъ себѣ вопросъ: дѣйствительно ли право только разграничиваетъ человѣческіе интересы? Нѣтъ, оно сверхъ того оцѣниваетъ ихъ, объявляетъ пользованіе одними средствами для удовлетворенія человѣческихъ по-

требностей предосудительнымъ, а пользованіе другими—дозволеннымъ.

Масштабъ, который оно въ связи съ этимъ устанавливаетъ, — различеніе правомѣрныхъ и неправомѣрныхъ дѣйствій, не совпадаетъ съ масштабомъ, который устанавливается нравственностью. т. е. съ различеніемъ нравственныхъ и безнравственныхъ дѣйствій; данное дѣйствіе, удовлетворяя первому масштабу, можетъ не удовлетворить второму и наоборотъ.

Съ другой стороны, можно ли сказать, что нравственныя нормы суть только нормы оцѣнки интересовъ? Оцѣнивая интересы, онѣ вмѣстѣ съ тѣмъ разграничиваютъ ихъ, отводятъ каждому извѣстную сферу интересовъ. Правда, это разграниченіе имѣетъ иной характеръ, чѣмъ разграниченіе юридическое. Но это только доказываетъ. что самое понятіе разграниченія не обладаетъ достаточной опредѣленностью, чтобы лечь въ основаніе классификаціи.

Такимъ образомъ, и эта теорія, какъ она ни остроумна, не можетъ быть принята.

8) Мы этимъ закончимъ нашъ обзоръ важнѣйшихъ теорій о сущности права.

Въ заключеніе мы сдѣлаемъ лишь одно еще замѣчаніе. Мы до сихъ поръ исходили изъ предположенія, что характеръ юридическихъ нормъ какъ *велѣній* стоитъ внѣ спора, и что вопросъ лишь въ томъ, какъ ближе квалифицировать эти велѣнія, какъ отличать ихъ отъ велѣній иного рода.

Однако, въ литературѣ между прочимъ встрѣчается и иной взглядъ на юридическія нормы; именно, нѣкоторые, какъ напр. Цительманъ, смотрятъ на нихъ какъ на *сужденія*.

Различіе между велѣніемъ и сужденіемъ можетъ быть формулировано такимъ образомъ: велѣніе требуетъ наступленія чего либо, сужденіе утверждаетъ существованіе чего либо.

Велѣніе допускаетъ возможность того, что желательный результатъ не будетъ достигнутъ; сужденіе (если только оно не покоится на ошибочномъ предположеніи), исключаетъ подобную возможность.

Велѣніе можетъ быть исполнимымъ или неисполнимымъ, но оно не можетъ быть вѣрнымъ или ложнымъ. Наоборотъ, сужденіе можетъ быть вѣрнымъ или ложнымъ, но его нельзя назвать исполнимымъ или неисполнимымъ.

Не трудно доказать послѣ этого, чѣмъ должны быть признаны

юридическія нормы. Онѣ могутъ быть нарушены, могутъ быть исполнимы или неисполнимы, онѣ слѣд. суть велѣнія, а не сужденія. Правда, онѣ излагаются иногда въ формѣ сужденій, но это конечно чисто редакціонный пріемъ, который не измѣняетъ сущности дѣла.

Не слѣдуетъ думать, что этотъ вопросъ имѣетъ чисто академическое значеніе. Онъ весьма важенъ для уразумѣнія различія, которое существуетъ между законами въ юридическомъ и въ научномъ смыслѣ.

Законъ въ юридическомъ смыслѣ, какъ всякая норма, есть *велѣніе* или правило должнаго, которое однако может быть нарушено. Изъ того, что законъ напр. запрещаетъ извѣстное дѣяніе и за совершеніе его налагаетъ такое-то взысканіе, не слѣдуетъ, чтобы дѣяніе не могло быть совершено и чтобъ въ случаѣ совершенія его виновнаго всегда постигала кара. То и другое признается только желательнымъ, но не представляетъ собою неизбѣжнаго послѣдствія существованія закона.

Напротивъ, *законъ въ научномъ смыслѣ* есть *сужденіе*, констатирующее подмѣченное однообразіе между извѣстными явленіями.

Законъ въ этомъ смыслѣ не гласитъ: при такихъ то условіяхъ *должно* наступить то-то, а гласитъ: при такихъ то условіяхъ *наступаетъ* то-то. Это утвержденіе можетъ быть ложно или неточно формулировано, но разъ оно вѣрно, оно не допускаетъ исключеній.

Итакъ, законъ въ юридическомъ смыслѣ не есть законъ въ научномъ смыслѣ. Что же онъ въ такомъ случаѣ съ научной точки зрѣнія? отвѣтъ яcенъ: онъ для науки есть *явленіе*, ближе—правовое явленіе, подлежащее объясненію, какъ и всякія другія явленія.

§ 7. Формальные и матерьяльные критеріи права въ объективномъ смыслѣ.

Мы видѣли, что подъ правомъ въ объективномъ смыслѣ понимаютъ совокупность тѣхъ велѣній или правилъ общежитія, которыя объединяются подъ общимъ именемъ *юридическихъ нормъ*.

Поэтому вопросъ о томъ, что такое объективное право, можетъ быть формулированъ и такимъ образомъ: въ чемъ заключаются отличительныя особенности юридическихъ нормъ въ противоположность всякаго рода инымъ велѣніямъ?

Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, мы можемъ избрать двоякій

путь: мы должны отыскать или внѣшній, формальный критерій, отличающій юридическія нормы отъ велѣній иного рода, или же внутренній, матерьяльный критерій.

1) Первый вопросъ—о *внѣшнемъ критеріи*, отличающемъ юридическія нормы отъ нормъ иного порядка, нерѣдко смѣшиваютъ съ вопросомъ объ *источникѣ обязательности* нормъ того или иного порядка.

Это неправильно. Вѣрно то, что источникъ обязательности нормъ юридическихъ, нравственныхъ, религіозныхъ и т. д. различный. Такъ, источникомъ обязательности юридическихъ нормъ является общественное правосознаніе въ смыслѣ чувства обязательности подчиненія извѣстному законному порядку вообще, источникомъ обязательности нравственныхъ велѣній — то сложное чувство, которое мы называемъ совѣстью, источникомъ обязательности религіозныхъ велѣній—чувство преклоненія предъ божествомъ, и т. д.

Но это различіе въ источникахъ обязательности разныхъ нормъ объясняетъ намъ только, почему, въ силу чего *вообще* подчиняются нормамъ даннаго порядка. Оно вовсе не объясняетъ намъ, въ силу чего *данныя, конкретныя* нормы причисляются напр. къ нормамъ юридическимъ, а не нравственнымъ или религіознымъ и т. д. А это и есть какъ разъ тотъ вопросъ, который насъ занимаетъ въ настоящее время.

И такъ, чѣмъ же съ внѣшней, формальной стороны отличаются юридическія нормы отъ другихъ нормъ? на какомъ основаніи мы данныя, конкретныя нормы причисляемъ къ юридическимъ, а не нравственнымъ и т. д.

Ближайшій отвѣтъ на это будетъ таковъ: юридическими нормами будутъ тѣ нормы, которыя признаются обязательными лицами и учрежденіями осуществляющими въ данное время функціи государственной власти; короче—*юридическія нормы суть нормы, признанныя обязательными со стороны органовъ государственной власти*. Въ отличіе отъ нихъ религіозными велѣніями считаются велѣнія, признаваемыя обязательными церковными авторитетами, нравственными нормами—нормы, признаваемыя обязательными въ силу личнаго убѣжденія, личнаго авторитета, и т. д.

Таково общее положеніе. Но оно нуждается въ нѣкоторыхъ разъясненіяхъ. Въ какомъ смыслѣ требуется признаніе обязательности данныхъ нормъ со стороны органовъ государственной власти?

На это нужно дать такой отвѣтъ. Норма признается юридической нормой, если она сложилась въ *признанной* органами государственной власти *формѣ* образованія обязательныхъ нормъ. Важнѣйшими изъ этихъ формъ являются законъ, обычай, судебная практика, международное соглашеніе.

Признаніе можетъ быть открытое или молчаливое, добровольное или вынужденное.

Противъ этого нельзя возразить, что, при такомъ широкомъ толкованіи момента признанія, онъ фактически сводится на нѣтъ. Это было бы такъ въ томъ только случаѣ, если бы мы, по примѣру Бирлинга, стали понимать подъ признаніемъ и безсознательное признаніе. Безсознательнаго признанія дѣйствительно не существуетъ и не можетъ существовать. Но молчаливое или вынужденное признаніе все же есть сознательное признаніе,—различіе между этими видами признанія и признаніемъ открытымъ и добровольнымъ лишь въ мотивахъ и во внѣшнихъ проявленіяхъ его.

И такъ, юридическими нормами будутъ нормы, признанныя обязательными со стороны органовъ государственной власти въ силу того, что онѣ возникли въ *признанной* этими органами (открыто или молчаливо, добровольно или по необходимости) *формѣ* образованія обязательныхъ нормъ.

Эта формула обнимаетъ всѣ юридическія нормы, какъ установленныя самими подлежащими органами государственной власти, т. е. законы, такъ и нормы обычнаго права, и нормы, выработанныя судебной практикой, и такъ называемыя статутарныя нормы (т. е. нормы, выработанныя въ средѣ подчиненныхъ государству союзовъ), наконецъ и нормы международнаго права. Дѣйствительно, всѣ эти нормы признаются обязательными постольку, поскольку признается органами государственной власти соотвѣтствующая форма образованія ихъ.

Съ другой стороны, ничего другого кромѣ признанія въ указанномъ смыслѣ не требуется. Въ частности, для признанія данной нормы юридической не требуется, чтобы она *спеціально* была признана таковой со стороны государственной власти. Это спеціальное признаніе составляетъ отличительную особенность однѣхъ только сознательно устанавливаемыхъ государственной властью нормъ; оно немыслимо по отношенію къ другимъ, какъ-то: нормамъ обычнаго права, статутарнымъ и т. д.

Равнымъ образомъ не требуется, чтобы соблюденіе данной нормы обезпечивалось мѣрами внѣшняго принужденія, чтобы она въ этомъ смыслѣ была нормой принудительной: существуетъ много нормъ, которыя считаются обязательными въ силу того, что онѣ возникли въ признанной органами государственной власти формѣ, хотя онѣ не охраняются никакими мѣрами внѣшняго принужденія, какъ напр. большинство нормъ международнаго права.

Въ заключеніе замѣтимъ еще, что признаніе обязательности данныхъ нормъ со стороны органовъ государственной власти само-по-себѣ не обезпечиваетъ еще дѣйствительнаго соблюденія ихъ со стороны этихъ органовъ. Это вытекаетъ уже изъ самаго понятія нормы какъ велѣнія: всякое велѣніе можетъ быть нарушено, и нарушителями могутъ быть конечно не только частныя, но и должностныя лица. Соблюденіе дѣйствующихъ въ данной средѣ нормъ, подчиненіе имъ не только со стороны частныхъ, но и должностныхъ лицъ зависитъ не только отъ характера нормы какъ юридической, но и отъ степени развитія чувства уваженія къ законному порядку въ средѣ не только управляемыхъ, но и управляющихъ.

2) Мы переходимъ къ внутреннему критерію, отличающему юридическія нормы отъ другихъ нормъ, т. е. къ *различію по содержанію* между тѣми и другими.

а) Въ этомъ отношеніи мы прежде всего должны разграничить область юридическихъ нормъ съ одной стороны, область нравственныхъ и религіозныхъ съ другой.

Принципіальное различіе по содержанію между тѣми и другими нормами сводится къ тому, что юридическія нормы стремятся регулировать *внѣшнее поведеніе* людей, а нормы религіозныя и нравственныя—*внутреннюю жизнь* ихъ, ихъ желанія, мысли и чувства.

Изъ этого не слѣдуетъ, чтобы право совсѣмъ не обращало вниманія на внутренніе стимулы дѣятельности людей, на ихъ мысли чувства, и чтобы нравственность и религія не считались вовсе съ внѣшнимъ поведеніемъ ихъ.

Дѣло вотъ въ чемъ. Право требуетъ только, чтобы внѣшнее поведеніе людей согласовалось съ правовыми требованіями или нормами. Вопросъ о томъ, *почему* человѣкъ считаетъ нужнымъ подчиняться дѣйствующимъ нормамъ, разъ только онъ подчиняется имъ, не ставится вовсе. Лишь въ томъ случаѣ, когда внѣшнее поведеніе лица *не* согласуется съ правовыми требованіями, и внутренніе мо-

тивы дѣятельности его принимаются во вниманіе. Тутъ дѣйствительно выдвигаются сложные вопросы объ умыслѣ, о неосторожности, о вліяніи заблужденія, страха и т. д. Но въ какомъ смыслѣ? Лишь постольку, поскольку отъ того или иного разрѣшенія ихъ зависятъ чисто внѣшнія послѣдствія, связанныя съ тѣмъ или другимъ дѣйствіемъ лица. Такъ напр., если человѣкъ совершилъ преступленіе съ заранѣе обдуманнымъ намѣреніемъ, онъ наказуется строже, чѣмъ если неправомѣрное дѣйствіе было результатомъ неосторожности.

Напротивъ, съ точки зрѣнія нравственности и религіи внѣшнее поведеніе людей не имѣетъ рѣшающаго значенія. Это внѣшнее поведеніе принимается во вниманіе лишь постольку, поскольку оно служитъ показателемъ сопровождающихъ его и предшествовавшихъ ему чувствъ, мыслей и желаній. Внѣшнее поведеніе лица можетъ быть безукоризненно, и все-таки его поступки могутъ считать безнравственными или грѣховными, разъ человѣкъ при совершеніи ихъ руководился безнравственными или грѣховными мыслями, чувствами, желаніями.

Такъ, оказаніе помощи ближнимъ можетъ быть результатомъ любви къ нимъ и сострadанія, или же результатомъ тщеславія, стремленія къ наградамъ разнаго рода и т. д. Такъ, исполненіе религіозныхъ обрядовъ совмѣстимо одинаково и съ глубоко-религіознымъ чувствомъ, и съ индифферентизмомъ, и съ ханжествомъ.

Рѣшающее значеніе всюду придается внутреннимъ стимуламъ, а не внѣшнимъ формамъ проявленія ихъ.

b) Установивъ различіе по содержанію между юридическими нормами съ одной стороны, нормами нравственными и религіозными съ другой, мы должны теперь установить различіе по содержанію между юридическими нормами и нормами техническими.

Какъ-тѣ, такъ и другія регулируютъ внѣшнее поведеніе людей и отношеніе ихъ ко всему тому, что можетъ служить средствомъ для достиженія тѣхъ или другихъ цѣлей, для удовлетворенія тѣхъ или другихъ потребностей.

Различіе между юридическими и техническими нормами сводится къ тому, что техническія нормы имѣютъ въ виду приспособленіе разнаго рода благъ къ удовлетворенію человѣческихъ потребностей и указываютъ условія и формы *приспособленія* ихъ; такъ напр., правила строительнаго искусства указываютъ, что требуется для

того, чтобы изъ даннаго матерьяла въ данной мѣстности могли быть воздвигнуты тѣ или иныя строенія; правила гигіены указываютъ, что требуется для сохраненія здоровья; правила медицины— что требуется для возстановленія здоровья при такихъ-то и такихъ-то болѣзняхъ, и т. д.

Напротивъ, юридическія нормы регулируютъ *пользованіе* разнаго рода жизненными благами, опредѣляютъ условія, формы и средства пользованія ими, объявляя одни средства, одни дѣйствія недозволенными, другія—дозволенными, а вмѣстѣ съ тѣмъ устанавливаютъ мѣры *охраненія* спокойнаго пользованія означенными благами и признанными средствами къ достиженію ихъ, все это *въ предѣлахъ практической необходимости*, именно поскольку такое пользованіе можетъ привести къ болѣе или менѣе серьезнымъ столкновеніямъ между заинтересованными лицами.

Такъ напр., имущественно-гражданское право опредѣляетъ условія, формы и средства пользованія имущественными благами, государственное право—условія, формы и средства пользованія такъ называемыми политическими благами и т. д.

2) Въ заключеніе, необходимо отмѣтить еще различіе между юридическими нормами и нравами, обыкновеніями, правилами приличія.

Тѣ и другія указываютъ условія, формы и средства пользованія жизненными благами, тѣ и другія вызываются стремленіемъ по возможности устранить столкновенія между отдѣльными лицами.

Различіе между ними въ томъ, что юридическія нормы предусматриваютъ лишь болѣе или менѣе *серьезныя* столкновенія, устанавливая на этотъ случай систему организованныхъ мѣръ охраненія спокойнаго пользованія тѣми или другими благами. Болѣе же мелкія столкновенія ими не предусматриваются, на этотъ случай не устанавливается особыхъ мѣръ репрессіи.

3) Общій выводъ, къ которому мы пришли на основаніи всего вышеизложеннаго, сводится къ слѣдующему.

Съ формальной стороны юридическія нормы суть нормы, признаваемыя обязательными со стороны органовъ государственной власти въ силу того, что онѣ возникли въ признанной этими органами формѣ образованія обязательныхъ нормъ.

Съ матерьяльной стороны юридическія нормы суть нормы, устанавливающія условія, формы и средства пользованія жизнен-

ными благами и вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣляющія мѣры охраненія спокойнаго пользованія означенными благами и соотвѣтствующими средствами пользованія ихъ, поскольку болѣе или менѣе подробное урегулированіе этихъ вопросовъ вызывается практической необходимостью.

Въ заключеніе замѣтимъ, что *жизненнымъ благомъ* считается все, что можетъ служить средствомъ для удовлетворенія человѣческихъ потребностей; а что именно получаетъ такое значеніе, то зависитъ конечно отъ степени развитія данной соціальной среды и отъ окружающихъ ее внѣшнихъ условій. То, что имѣетъ значеніе важнаго жизненнаго блага для культурнаго человѣка, можетъ не имѣть никакой цѣны для дикаря, и наоборотъ.

Подъ *средствами пользованія* жизненными благами слѣдуетъ разумѣть единоличныя и совокупныя *дѣйствія* людей, направленныя на такое пользованіе.

Подъ *условіями пользованія* жизненными благами въ противоположность средствамъ пользованія ими надо разумѣть тѣ *внѣшнія*, независящія отъ воли отдѣльнаго человѣка обстоятельства, которыя должны быть на лицо для того, чтобы пользованіе даннымъ благомъ либо стало вообще возможнымъ, либо считалось правомѣрнымъ. Сюда относится напр. рожденіе, смерть лица, истеченіе срока и т. д.

Наконецъ, подъ *формами пользованія* жизненными благами слѣдуетъ разумѣть разныя *сочетанія условій и средствъ пользованія* даннымъ благомъ, которыя въ своей совокупности опредѣляютъ объемъ и содержаніе дозволеннаго пользованія имъ.

Такъ напр., пользованіе тѣлесными объектами внѣшняго міра возможно въ формѣ собственности, въ формѣ аренды или найма и т. д. Эти формы пользованія различаются между собою по условіямъ, при которыхъ онѣ возникаютъ, и по объему и по содержанію тѣхъ полномочій, которыя признаются за заинтересованными лицами.

Признанныя формы пользованія тѣми или другими объектами иначе называются *правовыми институтами*.

Вопросъ о томъ, какія въ данной соціальной средѣ признаются условія, средства и формы пользованія, опять таки разрѣшается различно въ зависимости отъ тѣхъ же общихъ факторовъ, которыми опредѣляется и вопросъ о томъ, что вообще, можетъ служить благомъ, признаннымъ средствомъ для удовлетворенія человѣче-

скихъ потребностей. Юридическія нормы служатъ только внѣшнимъ показателемъ, внѣшнимъ критеріемъ присутствія или отсутствія тѣхъ или другихъ изъ указанныхъ факторовъ. Другими словами, по нимъ можно заключить о степени развитія данной соціальной среды и объ окружающихъ ее внѣшнихъ условіяхъ.

Этимъ мы закончимъ общую характеристику объективнаго права. Теперь возникаетъ вопросъ: какія же практическія послѣдствія вытекаютъ изъ существованія тѣхъ или другихъ нормъ для отдѣльныхъ заинтересованныхъ лицъ? Къ разсмотрѣнію этого вопроса мы и обратимся теперь.

§ 8. Понятіе юридическаго отношенія.

1) Что должно быть на лицо для того, чтобы люди могли пользоваться тѣми или другими жизненными благами и чтобы они могли приходить въ соприкосновеніе другъ съ другомъ? Очевидно, требуется извѣстное *внѣшнее отношеніе* между лицами и объектами пользованія съ одной стороны и между даннымъ лицомъ и другими лицами съ другой. Отношеніе въ этомъ смыслѣ есть *вообще возможность воздѣйствія* даннаго лица на извѣстный объектъ или на другихъ лицъ и возможность обратнаго воздѣйствія другихъ лицъ на данный объектъ и на данное лицо.

Такъ напр., для того чтобы я могъ непосредственно пользоваться данной вещью, она должна быть доступной мнѣ; чтобы я могъ похитить ее — то-же самое. Для того, чтобы я могъ требовать чего либо отъ другаго лица, необходимо, чтобы мы съ нимъ заключили договоръ или чтобы оно мнѣ причинило какой нибудь ущербъ и т. д.

Задача объективнаго права съ точки зрѣнія отдѣльныхъ лицъ заключается въ томъ, чтобы урегулировать, упорядочить возможныя отношенія этихъ лицъ ко всему, что можетъ служить объектомъ пользованія, и отношенія ихъ къ другимъ лицамъ.

Санкціонируя опредѣленныя условія, средства и формы пользованія жизненными благами, и охраняя спокойное пользованіе ими, объективное право тѣмъ самымъ регулируетъ отношенія отдѣльныхъ лицъ къ жизненнымъ благамъ, и отношенія этихъ лицъ къ другимъ лицамъ, съ которыми они могутъ придти въ соприкосновеніе,

признавая одни изъ этихъ отношеній правомѣрными, другія — неправомѣрными.

Регулированныя объективнымъ правомъ отношенія людей другъ къ другу и къ благамъ, служащимъ объектами пользованія, называются юридическими отношеніями.

И такъ, съ этой точки зрѣція юридическое отношеніе есть всякое регулированное правомъ бытовое отношеніе, все равно, будетъ ли это отношеніе даннаго лица къ тому или иному объекту пользованія, или отношеніе его къ другимъ лицамъ.

2) Противъ такого пониманія юридическаго отношенія раздаются возраженія съ двоякой стороны.

Одни ученые (напр. проф. Коркуновъ) утверждаютъ, что юридическими отношеніями могутъ быть только *отношенія между лицами*, но не между лицами и объектами пользованія.

Другіе (напр. проф. Муромцевъ) указываютъ на то, что въ составѣ регулированныхъ правомъ бытовыхъ отношеній нужно различать двѣ группы; отношенія *защищаемыя* и отношенія *защищающія*. Такъ напр., если я состою собственникомъ какой нибудь вещи, я могу безпрепятственно пользоваться и распоряжаться ею — это *защищаемое* отношеніе; если кто либо отниметъ у меня вещь, между мною и имъ возникаетъ отношеніе, въ силу котораго я могу потребовать отъ него возврата вещи, а онъ обязанъ возвратить ее; это *защищающее* отношеніе. *Только защищающія отношенія должны быть признаны юридическими отношеніями.*

Въ возраженіи проф. Коркунова вѣрно то, что отношеніе лица къ объекту пользованія имѣетъ иной характеръ, иное юридическое значеніе, чѣмъ отношенія его къ другимъ лицамъ. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы то или иное отношеніе лица къ данному объекту само по себѣ не имѣло *никакого* юридическаго значенія. Вѣдь характеромъ отношеній лица къ объекту пользованія опредѣляется и характеръ отношеній его къ другимъ лицамъ. Слѣд. и первое отношеніе имѣетъ юридическое значеніе. Поэтому нельзя его игнорировать, а нужно точнѣе опредѣлить, въ чемъ заключается его юридическое значеніе.

Что касается взгляда проф. Муромцева, то опять таки нельзя не согласиться съ тѣмъ, что защищаемыя отношенія не слѣдуетъ смѣшивать съ защищающими. Но класть этотъ признакъ въ основаніе классификаціи отношеній, и признавать при

томъ юридическими отношеніями одни только защищающія отношенія неудобно въ виду того, что этимъ признакомъ характеризуется не данное отношеніе какъ таковое, а отношеніе его къ *другимъ* отношеніямъ. Къ тому же бываютъ случаи, когда одно и то-же отношеніе съ точки зрѣнія одного и того же лица одновременно представляется и защищающимъ, и защищаемымъ отношеніемъ, такъ что его одновременно пришлось бы и признавать юридическимъ отношеніемъ, и не признавать таковымъ. Напримѣръ, если кто нибудь укралъ мою вещь, то между мною и имъ возникаетъ отношеніе, въ силу котораго я могу требовать отъ него возврата вещи; слѣд. это отношеніе съ моей точки зрѣнія есть защищающее отношеніе; теперь предположимъ, что какое нибудь третье лицо препятствуетъ мнѣ предъявить искъ о возвратѣ вещи противъ вора; тогда между мною и этимъ третьимъ лицомъ возникаетъ новое защищающее мои интересы отношеніе, причемъ защищаемымъ отношеніемъ окажется мое отношеніе къ вору; слѣд. это отношеніе одновременно есть и защищающее и защищаемое.

3) И такъ, ни поправки проф. Коркунова, ни поправки проф. Муромцева принять нельзя. Но нельзя также признать вполнѣ удовлетворительнымъ то опредѣленіе юридическаго отношенія, на которое оба указанныхъ ученыхъ нападаютъ. Какъ же тутъ быть?

Наиболѣе правильнымъ и согласнымъ съ общепринятымъ употребленіемъ термина «юридическое отношеніе» представляется слѣдующее опредѣленіе его.

Необходимо различать *юридическое отношеніе въ широкомъ и въ тѣсномъ смыслѣ*.

Юридическое отношеніе въ широкомъ смыслѣ есть всякое *признанное* объективнымъ правомъ отношеніе, все равно, будетъ ли это отношеніе лица къ объекту пользованія или отношеніе его къ другимъ лицамъ. Моментъ признанія со стороны объективнаго права отличаетъ юридическія отношенія отъ терпимыхъ и недозволенныхъ, запрещенныхъ отношеній.

Такъ напр., отношеніе собственника къ своей вещи есть признанное объективнымъ правомъ отношеніе, отношеніе проститутки къ публичному дому есть отношеніе терпимое, отношеніе вора къ украденной вещи есть недозволенное.

Юридическое отношеніе въ тѣсномъ смыслѣ есть признанное, регулированное объективнымъ правомъ отношеніе между двумя или

нѣсколькими лицами, въ противоположность отношенію лица къ тому или другому объекту пользованія.

4) Установивъ основное различіе между юридическимъ отношеніемъ въ широкомъ и тѣсномъ смыслѣ, разсмотримъ теперь подробнѣе юридическое отношеніе въ тѣсномъ смыслѣ.

Мы сказали, что юридическое отношеніе въ тѣсномъ смыслѣ есть признанное, регулированное объективнымъ правомъ отношеніе между двумя или нѣсколькими опредѣленными лицами. Ближе юридическое отношеніе въ указанномъ смыслѣ можно опредѣлить, какъ *регулированное объективнымъ правомъ состояніе взаимной зависимости двухъ или нѣсколькихъ лицъ, выражающееся въ возникновеніи между ними извѣстныхъ требованій, извѣстныхъ притязаній другъ противъ друга* съ одной стороны *и соотвѣтствующихъ, корреспондирующихъ имъ обязанностей* съ другой.

Постараемся развить, разъяснить эту формулу.

а) Сказавъ, что юридическое отношеніе есть *состояніе взаимной зависимости* между двумя или нѣсколькими лицами, мы тѣмъ самымъ рѣзко отличаемъ его отъ признаннаго объективнымъ правомъ отношенія лица къ объекту пользованія, такъ какъ въ отношеніи къ объектамъ пользованія и въ частности къ вещамъ не можетъ быть конечно рѣчи о *взаимной* зависимости, предполагающей возможность *активнаго* воздѣйствія другъ на друга съ обѣихъ сторонъ.

Правда, по весьма распространенному мнѣнію и среди юридическихъ отношеній въ тѣсномъ смыслѣ встрѣчаются такія, которыя устанавливаютъ не взаимную зависимость лицъ другъ отъ друга, но одностороннюю зависимость одного лица отъ другаго. Такое мнѣніе возникло и держится главнымъ образомъ на почвѣ имущественно-гражданскаго права.

Бываютъ, говорятъ, обязательства одностороннія, какъ напр. заемъ или дареніе, при которыхъ всѣ права сосредоточены въ лицѣ одной стороны, а противная сторона имѣетъ однѣ только обязанности; имъ противополагаются обязательства двустороннія, какъ напр. купля,—продажа, наемъ, товарищество и т. д., при которыхъ пріобрѣтеніе правъ неразрывно связано съ принятіемъ лицомъ на себя извѣстныхъ обязанностей. Однако, если всмотрѣться ближе въ это дѣленіе, нетрудно убѣдиться, что оно неправильно, что одностороннихъ обязательствъ въ томъ смыслѣ, какъ ихъ понимаетъ современная доктрина, не существуетъ на самомъ дѣлѣ. Дѣйстви-

тельно. неужели кредиторъ по займу или одаренный не несетъ никакихъ обязанностей по отношенію къ должнику или дарителю? Помимо чисто отрицательныхъ обязанностей такихъ лицъ, какъ напр. то, что они не могутъ требовать исполненія въ ненадлежащее время и въ ненадлежащемъ мѣстѣ, на нихъ возлагаются и совершенно опредѣленныя положительныя обязанности; такъ, кредиторъ обязанъ принять уплату отъ должника, даже если тотъ произведетъ ее до срока, онъ по общему правилу обязанъ довольствоваться полученіемъ уплаты отъ третьихъ лицъ, заступающихся за должника, въ его лицѣ возможна просрочка и т. д. Словомъ, и въ этихъ случаяхъ возникаетъ *взаимная* зависимость между сторонами, а не односторонняя зависимость должника отъ кредитора. Если на это не всегда обращаютъ достодолжное вниманіе, то это объясняется тѣмъ, что многіе элементы взаимной зависимости, возникающей въ данномъ конкретномъ случаѣ между данными лицами, *общи* большому числу юридическихъ отношеній и при изученіи отдѣльныхъ отношеній, при которомъ обращается вниманіе только на специфическія особенности ихъ, оставляются въ сторонѣ.

b) Это одно. Съ другой стороны, мы говоримъ, что юридическое отношеніе въ тѣсномъ смыслѣ есть состояніе взаимной зависимости между двумя или нѣсколькими лицами, признанное, регулированное *объективнымъ* правомъ.

Правда, нѣкоторые ученые полагаютъ, что объективное право непосредственно устанавливаетъ только отдѣльныя субъективныя права, напр. признаетъ за даннымъ лицомъ при извѣстныхъ условіяхъ право считаться собственникомъ и защищать свою собственность противъ посторонняго вмѣшательства, право считаться кредиторомъ по займу и т. д. Что же касается соотвѣтствующихъ обязанностей третьихъ лицъ, то онѣ являются продуктомъ не объективнаго права, а продуктомъ субъективныхъ правъ, напр. мое право собственности порождаетъ обязанность третьихъ лицъ не препятствовать мнѣ пользоваться вещью, мое право требовать уплаты по займу порождаетъ обязанность должника произвести эту уплату и т. д. Отсюда выводятъ дальше, что такъ какъ юридическое отношеніе есть ничто иное, какъ совокупность существующихъ между данными лицами субъективныхъ правъ (точнѣе притязаній) и соотвѣтствующихъ имъ обязанностей, то слѣд. и само юридическое отношеніе составляетъ продуктъ не объективнаго, а субъективнаго

права: субъективныя права даннаго лица, говорятъ, порождаютъ соотвѣтствующія обязанности третьихъ лицъ и вмѣстѣ съ тѣмъ юридическія отношенія какъ совокупность этихъ правъ и обязанностей.

Но такой взглядъ нельзя признать правильнымъ. Во первыхъ, бываютъ случаи, когда обязанность существуетъ раньше, чѣмъ соотвѣтствующее ей право. Напр. А назначилъ своимъ наслѣдникомъ В. Въ моментъ смерти наслѣдодателя В находится въ отсутствіи, и пока онъ не вернется или не узнаетъ объ открывшемся въ его пользу наслѣдствѣ, неизвѣстно, пожелаетъ ли онъ сдѣлаться наслѣдникомъ, вступить въ права наслѣдства, или нѣтъ. Но во всякомъ случаѣ, пока онъ не заявилъ о принятіи наслѣдства, онъ еще не можетъ считаться наслѣдникомъ. Тѣмъ не менѣе третьи лица не могутъ безнаказанно расхищать наслѣдственную массу въ это промежуточное время между смертью наслѣдодателя и окончательнымъ принятіемъ наслѣдства со стороны лица, назначеннаго наслѣдникомъ, они обязаны уважать права будущаго наслѣдника. Другими словами, въ данномъ случаѣ обязанности третьихъ лицъ существуютъ раньше, чѣмъ соотвѣтствующее право наслѣдника: охраняется *возможное* субъективное право.

Уже это одно доказываетъ, что обязанности не могутъ составлять продукта субъективнаго права, ибо какъ же не существующее еще право можетъ порождать обязанности? Къ этому привходитъ другое соображеніе. Мы уже замѣтили, что юридическое отношеніе въ тѣсномъ смыслѣ есть состояніе *взаимной* зависимости между двумя или нѣсколькими лицами. Слѣд. если допустить, что обязанности порождаются субъективнымъ правомъ, то пришлось бы признать, что субъективное право даннаго лица порождаетъ не только обязанности третьихъ лицъ по отношенію къ этому лицу, но сверхъ того и собственныя обязанности этого лица по отношенію къ другимъ лицамъ, выводъ очевидно нелѣпый.

Если же это такъ, то юридическое отношеніе очевидно можетъ покоиться только на велѣніяхъ объективнаго права, а не на субъективномъ правѣ того или другого лица.

§ 9. Понятіе права въ субъективномъ смыслѣ.

1) Право въ субъективномъ смыслѣ обыкновенно опредѣляютъ какъ предоставленную данному лицу, признанную за нимъ объек-

тивнымъ правомъ свободу совершенія или несовершенія извѣстныхъ дѣйствій.

Иногда выражаются и такъ: право въ субъективномъ смыслѣ есть признанная за даннымъ лицомъ со стороны объективнаго права конкретная власть, признанное конкретное господство воли его. (Виндшейдъ, Арндтсъ и мн. др.).

Недостатокъ этого опредѣленія заключается во-первыхъ въ томъ, что оно построено на чисто *формальномъ* признакѣ, не даетъ никакого представленія о *содержаніи* субъективнаго права; во-вторыхъ, оно страдаетъ крайней неопредѣленностью, и вслѣдствіе этого легко приводитъ къ смѣшенію двухъ совершенно различныхъ понятій, именно понятій *правомочія* и *притязанія*.

Дѣло въ томъ, что терминъ «право въ субъективномъ смыслѣ» употребляется въ двухъ смыслахъ: 1) въ смыслѣ извѣстнаго рода отношенія лица къ *объекту* пользованія (напр. когда говорятъ: собственникъ имѣетъ право пользоваться и распоряжаться своей вещью по своему усмотрѣнію) и 2) въ смыслѣ извѣстнаго рода отношенія лица къ *другимъ лицамъ* (напр. когда говорятъ: кредиторъ имѣетъ право требовать уплаты долга отъ должника) (x). Юридическое значеніе термина «право въ субъективномъ смыслѣ» въ обоихъ указанныхъ случаяхъ далеко неодинаковое. Задача науки состоитъ въ томъ, чтобы точно разграничить оба понятія и опредѣлить соотношеніе, въ которомъ они состоятъ между собою. Опредѣляя же субъективное право какъ признанную за даннымъ лицомъ свободу дѣйствій, или власть, или какъ конкретное господство воли лица, мы выдвигаемъ настолько неопредѣленный признакъ, что подъ него подойдетъ и то, и другое понятіе. Слѣдовательно, мы такимъ опредѣленіемъ содѣйствуемъ не разграниченію, а смѣшенію понятій.

2) Указанные недостатки ходячаго опредѣленія субъективнаго права въ связи съ другими за послѣднее время породили цѣлый рядъ новыхъ опредѣленій.

Въ числѣ ихъ видное мѣсто занимаетъ опредѣленіе знаменитаго Іеринга. Онъ говоритъ: субъективное право уже потому нельзя опредѣлить какъ конкретное господство воли, что объективное право признаетъ субъектами правъ между прочимъ и лицъ, у которыхъ воля или совсѣмъ отсутствуетъ или игнорируется объективнымъ правомъ, какъ мы это видимъ на примѣрѣ лицъ малолѣтнихъ и умалишенныхъ.

(x) Т. е. соотвѣтственно различенію юридическаго отношенія въ тѣсномъ и широкомъ смыслѣ.

Онъ самъ опредѣляетъ субъективное право какъ юридически защищенный интересъ, какъ юридическую обезпеченность пользованія (Духъ римскаго права. изд. 2, т. III, стр. 338), и соотвѣтственно съ этимъ различаетъ два момента въ понятіи субъективнаго права: a) моментъ субстанціальный или матерьяльный, въ которомъ заключается практическая цѣль права, именно это та польза или выгода, которая должна быть обезпечена за лицомъ объективнымъ правомъ, и b) моментъ формальный, который относится къ субстанціальному, какъ средство къ цѣли, именно это охрана права или искъ.

Противъ этого опредѣленія нельзя однако не возразить, что понятіе интереса само по себѣ очень неопредѣленно. Засимъ, неправильно утверждать, что цѣль субъективнаго права состоитъ въ пользованіи. Она состоитъ въ *обезпеченіи* пользованія, самое же пользованіе или точнѣе, возможность пользованія составляетъ не цѣль, а *содержаніе* субъективнаго права.

Ошибочная характеристика интереса или пользованія какъ цѣли права привела къ тому возраженію, что нельзя опредѣлять право по цѣли, которую оно преслѣдуетъ, а надо опредѣлять его по содержанію. Это само по себѣ вѣрно, но только отсюда не слѣдуетъ, какъ многіе думаютъ, что въ опредѣленіе права нельзя включать моментъ пользованія; этотъ моментъ свободно можетъ быть включенъ, ибо пользованіе, какъ мы уже замѣтили, составляетъ не цѣль, а содержаніе права.

Наконецъ, и опредѣленіе Іеринга не разграничиваетъ понятій правомочія и притязанія.

3) Исходя изъ неправильнаго представленія, что пользованіе составляетъ не содержаніе, а цѣль права, и считая на этомъ основаніи необходимымъ исключить этотъ моментъ изъ понятія субъективнаго права, нѣкоторые ученые (Тонъ, Бирлингъ), приходятъ къ отождествленію субъективнаго права съ *притязаніемъ*.

Такъ, Тонъ говоритъ, что охраняемая соотвѣтствующими нормами возможность пользованія не составляетъ субъективнаго права лица. Субъективное право возникаетъ лишь въ силу предоставленія лицу эвентуальнаго притязанія противъ другихъ лицъ и заключается въ обезпеченности таковыхъ. Притязаніе въ свою очередь можетъ быть предъявлено только противъ опредѣленнаго лица или противъ опредѣленныхъ лицъ. Отсюда такой выводъ: не существуетъ правъ на

вещи. Если мы говоримъ напр., что собственникъ имѣетъ право собственности на свою вещь, то это неправильное выраженіе. Пока никто не препятствуетъ ему пользоваться вещью, не существуетъ права, а существуетъ только охраняемое соотвѣтствующими нормами пользованіе. Лишь съ момента нарушенія спокойнаго пользованія возникаетъ право въ смыслѣ притязанія противъ нарушителя.

Тонъ думаетъ достигнуть этимъ упрощенія ученія о субъективномъ правѣ. На самомъ дѣлѣ онъ его значительно усложняетъ. Мало того, что ему приходится различать охраняемое нормами пользованіе и субъективное право въ смыслѣ притязанія. Ему приходится создавать еще третье различіе. Пользованіе въ широкомъ смыслѣ, въ смыслѣ извлеченія выгоды изъ даннаго объекта и въ частности изъ вещи распадается на непосредственное и косвенное извлеченіе выгоды изъ нея или на пользованіе въ тѣсномъ смыслѣ и распоряженіе; напр., собственникъ не только можетъ непосредственно пользоваться вещью, но и отчуждать ее, закладывать и т. д. Тонъ понимаетъ подъ пользованіемъ только пользованіе въ тѣсномъ смыслѣ; возможность распоряженія даннымъ объектомъ онъ характеризуетъ какъ предоставленную лицу относительно этого объекта *власть* или *мочь*, которую тоже не слѣдуетъ смѣшивать, говоритъ онъ, съ субъективнымъ правомъ.

Такимъ образомъ онъ различаетъ другъ отъ друга:

1) охраняемое нормами пользованіе; 2) власть или мочь распоряжаться даннымъ объектомъ, и 3) субъективное право въ смыслѣ охраняющаго и то и другое притязанія противъ опредѣленнаго лица или опредѣленныхъ лицъ.

Къ взгляду Тона примыкаетъ Бирлингъ. И онъ отождествляетъ субъективное право съ притязаніемъ. Но только надо различать, говоритъ онъ, притязанія противъ опредѣленныхъ лицъ и притязанія противъ всѣхъ и каждаго.

То, что мы называемъ, напр., правомъ собственности на вещь, есть право лишь постольку, поскольку съ нимъ связано совокупность притязаній противъ всѣхъ и каждаго: пользуясь или распоряжаясь своей вещью, я могу требовать, чтобы *никто* не препятствовалъ этому. Это и будетъ притязаніе противъ всѣхъ и каждаго, сопровождающее каждый актъ пользованія собственника. Въ противоположность этому кредиторъ, который далъ должнику деньги въ заемъ, имѣетъ право требовать уплаты только отъ него, а не отъ

другихъ лицъ; слѣдовательно въ данномъ случаѣ возникаетъ притязаніе противъ опредѣленнаго лица.

Въ результатѣ получается еще новое усложненіе. Къ тремъ категоріямъ Тона, Бирлингъ прибавляетъ въ 4) субъективныя права въ смыслѣ притязаній противъ всѣхъ и каждаго.

Обращаясь къ критической оцѣнкѣ теорій Тона и Бирлинга, нельзя не признать за ними одной важной заслуги.

Она заключается въ точномъ опредѣленіи понятія притязанія и въ строгомъ разграниченіи, проводимомъ между этимъ понятіемъ и понятіемъ пользованія и распоряженія.

Недостатки обѣихъ теорій слѣдующіе: во-первыхъ, онѣ отрицаютъ всякую связь между пользованіемъ (въ тѣсномъ смыслѣ) и распоряженіемъ объектомъ: это приводитъ къ извращенію понятія правомочія. Во-вторыхъ, онѣ упускаютъ изъ виду, что притязаніе играетъ лишь *служебную* роль по отношенію къ правомочію, и что поэтому неудобно отождествлять субъективное право съ притязаніемъ.

4) Нашъ собственный взглядъ вытекаетъ изъ слѣдующихъ соображеній. Мы видѣли, что юридическимъ отношеніемъ въ широкомъ смыслѣ слѣдуетъ считать всякое признанное объективнымъ правомъ отношеніе лица къ тому или другому объекту пользованія или къ другимъ лицамъ.

Признанное отношеніе лица къ данному объекту пользованія даетъ лицу возможность правомѣрнаго пользованія или распоряженія этимъ объектомъ (конечно не всегда въ одинаковыхъ предѣлахъ). Поскольку такое пользованіе или распоряженіе охраняется самостоятельными притязаніями, оно составляетъ субъективное право лица.

Другими словами, *субъективное право есть охраняемое самостоятельнымъ притязаніемъ отношеніе лица къ объекту пользованія, дающее этому лицу возможность пользоваться или распоряжаться этимъ объектомъ въ признанной объективнымъ правомъ формѣ.*

Тѣмъ, что субъективное право есть охраняемое самостоятельнымъ притязаніемъ отношеніе лица къ объекту пользованія, оно отличается отъ другихъ признанныхъ объективнымъ правомъ отношеній, не снабженныхъ самостоятельными притязаніями.

Тѣмъ, что оно есть возможность пользоваться или распоряжаться

объектомъ въ признанной закономъ формѣ, субъективное право отличается отъ фактическаго, непризнаннаго пользованія или распоряженія даннымъ объектомъ.

Въ заключеніе замѣтимъ, что можетъ существовать нѣсколько признанныхъ формъ пользованія однимъ и тѣмъ же объектомъ. Такъ напр., можно пользоваться вещью на правѣ собственности, на правѣ найма или аренды, и т. д. Въ такомъ случаѣ отдѣльныя формы пользованія различаются между собою по объему правомочій, предоставленныхъ лицу. Такъ, собственникъ имѣетъ болѣе широкое право пользованія, чѣмъ арендаторъ и т. д.

ОТДѢЛЪ II.

Ученіе объ объективномъ правѣ.

ГЛАВА I.

Формы образованія юридическихъ нормъ. (Источники права).

Раздѣлъ I. Общія начала.

§ 10. Общій обзоръ.

Мы видѣли, что юридическими нормами считаются нормы, признаваемыя обязательными со стороны органовъ государственной власти въ силу того, что онѣ возникли въ признанной этими органами формѣ образованія обязательныхъ нормъ.

Эти формы образованія юридическихъ нормъ обыкновенно называются *источниками права*. Но терминъ «источники права» употребляется въ различныхъ смыслахъ. Такъ, иногда подъ нимъ понимаютъ *историческіе памятники*, на основаніи которыхъ мы судимъ о состояніи права у того или другого народа; къ числу такихъ историческихъ памятниковъ принадлежатъ, наряду съ дошедшими до насъ законами и записанными обычаями (составляющими сами по себѣ формы образованія юридическихъ нормъ), также сочиненія писателей юристовъ и не юристовъ, сообщающія намъ свѣдѣнія о правѣ даннаго народа, далѣе судебныя рѣшенія, формуляры сдѣлокъ и т. д., и т. д.

Иногда указанный терминъ употребляется для обозначенія *формъ образованія юридическихъ нормъ*. Наконецъ, иногда онъ служитъ для обозначенія тѣхъ *факторовъ, подъ вліяніемъ которыхъ складываются тѣ или другія нормы*; факторы эти конечно очень разнообразны; какіе именно факторы участвуютъ въ образованіи юридическихъ нормъ, это зависитъ отъ степени развитія соціальной среды и отъ окружающихъ ее внѣшнихъ условій.

Употребленіе термина «источники права» въ послѣднемъ смыслѣ наиболѣе соотвѣтствуютъ тому представленію, которое онъ невольно вызываетъ; дѣйствительно, съ представленіемъ объ источникѣ чего либо какъ-то само собою ассоціируется представленіе о причинахъ, вызвавшихъ данное явленіе; извѣстно, что обыкновенно оба выраженія употребляются даже прямо какъ равнозначущія. Но разъ это такъ, то употребленіе указаннаго термина для обозначенія внѣшнихъ формъ, въ которыя выливаются юридическія нормы, прямо неудобно, ибо способно вызвать нежелательныя ассоціаціи идей и тѣмъ самымъ способствовать смѣшенію понятій.

Поэтому мы и будемъ его избѣгать, такъ какъ мы именно желаемъ поговорить теперь о внѣшнихъ формахъ образованія юридическихъ нормъ, а не о причинахъ, вызвавшихъ тѣ или другія нормы.

Внѣшнія формы образованія юридическихъ нормъ бываютъ весьма разнообразны. Онѣ возникаютъ не сразу и не одновременно, завоевываютъ себѣ признаніе со стороны органовъ государственной власти далеко не въ одинаковой степени и имѣютъ въ разное время далеко не одинаковое практическое значеніе.

На низшихъ ступеняхъ соціальнаго развитія не существуетъ вовсе никакихъ внѣшнихъ формъ, въ которыхъ выражалось бы общественное правосознаніе: тутъ поведеніе лицъ регулируется только извѣстными, прочно устанавливающимися *ассоціаціями идей*, подсказывающими заинтересованнымъ лицамъ, какъ должно дѣйствовать въ томъ или другомъ конкретномъ случаѣ.

Первой внѣшней формой образованія юридическихъ нормъ являются *судебные прецеденты*, т. е. нормы, складывающіяся въ практикѣ примитивныхъ судовъ, благодаря постановленію однородныхъ рѣшеній въ однородныхъ случаяхъ.

Позднѣе начинаютъ появляться *нормы обычнаго права*, которыя сначала переходятъ изъ поколѣнія въ поколѣніе въ формѣ устныхъ преданій, а затѣмъ начинаютъ собираться и записываться.

Наконецъ, появляется и *законодательная дѣятельность*, начинается сознательное установленіе юридическихъ нормъ со стороны органовъ государственной власти.

Эти три формы образованія юридическихъ нормъ—законъ, обычай и судебная практика—имѣютъ наиболѣе важное практическое значеніе. Но наряду съ ними нерѣдко органами государственной власти признаются и другія формы.

Такъ, наряду съ законами играютъ важную роль нормы, устанавливаемыя органами администраціи. Ниже мы увидимъ, что безъ нихъ не обходятся нигдѣ, разница лишь въ томъ, въ какихъ предѣлахъ допускается подобная *указная дѣятельность* администраціи.

Иногда признается обязательное значеніе и за нормами, вырабатываемыми представителями юриспруденціи.

Такъ напр. въ Римѣ юриспруденція въ этомъ смыслѣ сыграла чрезвычайно важную роль и при императорахъ добилась даже оффиціальнаго, открытаго признанія своего значенія какъ «творца права»; именно со временъ Августа извѣстнымъ, выдающимся юристамъ стали жаловать «право давать заключенія» по спорнымъ вопросамъ права, если о томъ ихъ просили заинтересованныя частныя лица и судебныя мѣста; эти заключенія первоначально имѣли обязательное значеніе лишь по тому дѣлу, по которому они были поставлены, но затѣмъ на нихъ стали ссылаться и въ другихъ аналогичныхъ случаяхъ; уже во II вѣкѣ послѣ Р. Хр. «заключенія юристовъ» упоминаются наряду съ законами и другими оффиціально признанными формами образованія юридическихъ нормъ; наконецъ, въ законодательномъ порядкѣ были изданы особыя правила, опредѣляющія, какъ поступить въ случаѣ разногласій во мнѣніяхъ признанныхъ авторитетовъ.

Далѣе, нерѣдко признается обязательное значеніе за т. н. статутарными нормами, т. е. нормами, возникшими въ средѣ подчиненныхъ государству союзовъ. Такимъ «правомъ автономіи» въ средніе вѣка пользовались въ широкихъ размѣрахъ городскія общины. Такое же право въ нѣкоторыхъ государствахъ присваивается (хотя и въ ограниченныхъ размѣрахъ) высшему, родовитому дворянству.

Наконецъ, въ области международныхъ отношеній наряду съ обычными нормами важное значеніе признается за нормами, установленными по взаимному соглашенію между государствами, на основаніи международныхъ договоровъ.

Указавъ такимъ образомъ разнообразныя внѣшнія формы образованія юридическихъ нормъ, мы обратимся теперь къ болѣе подробному разбору важнѣйшихъ изъ перечисленныхъ формъ.

§ 11. Законодательство.

Въ современномъ государствѣ изъ всѣхъ формъ образованія юридическихъ нормъ наибольшее практическое значеніе имѣетъ законодательная дѣятельность самого государства.

Внѣшнимъ выраженіемъ этой законодательной дѣятельности служатъ юридическія нормы, именуемыя *законами*.

1) Законъ есть сознательно установленная самими подлежащими органами государственной власти юридическая норма. Отъ другихъ нормъ, исходящихъ отъ тѣхъ или другихъ органовъ государственной власти, законы отличаются тѣмъ, что они издаются особымъ, т. н. законодательнымъ порядкомъ.

И такъ, вотъ отличительные признаки закона: a) законъ есть *сознательно* установленная юридическая норма. Этимъ онъ отличается отъ нормъ обычнаго права, обыкновенно безсознательно складывающихся и лишь впослѣдствіи сознательно формулируемыхъ и примѣняемыхъ (но не сознательно устанавливаемыхъ).

b) Законъ есть не только сознательно установленная, но и *непосредственно* исходящая отъ подлежащихъ органовъ государственной власти норма. Этимъ онъ отличается отъ сознательно устанавливаемыхъ статутарныхъ нормъ и отъ нормъ, вырабатываемыхъ наукой.

c) Законъ сверхъ того есть норма, изданная особымъ, т. н. *законодательнымъ* порядкомъ. Этимъ онъ отличается отъ другихъ сознательно устанавливаемыхъ подлежащими органами государственной власти нормъ, ближе—отъ нормъ, устанавливаемыхъ судебной практикой или администраціей.

2) Какія условія требуются для того, чтобы законъ могъ считаться изданнымъ надлежащимъ образомъ, это вопросъ, разрѣшеніе котораго зависитъ отъ характера государственнаго устройства данной страны.

Въ частности, тутъ возникаютъ слѣдующіе главные вопросы:

a) Кто имѣетъ *право законодательной иниціативы*, т. е. кто можетъ возбудить вопросъ объ изданіи новаго закона? Это право можетъ быть присвоено: или только правительству, или только парламенту, или правительству и парламенту совмѣстно, или сверхъ того опредѣленнымъ учрежденіямъ государственнымъ или земскимъ, или наконецъ еще и народу непосредственно.

b) Кто участвуетъ въ *обсужденіи* законопроекта, въ установленіи содержанія его? Въ самодержавныхъ монархіяхъ для этого существуютъ обыкновенно особыя *законосовѣщательныя учрежденія*, члены которыхъ назначаются главою государства: въ современныхъ конституціонныхъ монархіяхъ и въ республикахъ законопроекты вносятся въ *народное собраніе*, которое представляетъ собою или организованное собраніе всѣхъ полноправныхъ гражданъ или собраніе народныхъ представителей (парламентъ); иногда въ составъ парламента наряду съ выборными представителями входятъ и лица по назначенію отъ правительства; если парламентъ состоитъ изъ двухъ палатъ, то возможны еще болѣе сложныя комбинаціи: или обѣ палаты выборныя, или одна выборная, а въ другой засѣдаютъ наслѣдственные или пожизненные пэры и т. д.

Самое право обсужденія можетъ либо ограничиваться правомъ принятія или непринятія законопроекта въ цѣломъ, или можетъ обнимать собою сверхъ того право вносить измѣненія въ текстъ предполагаемаго закона.

Въ связи съ этимъ возникаетъ вопросъ о томъ, какое юридическое значеніе имѣетъ *принятіе или отклоненіе законопроекта* со стороны учрежденія, которое его обсуждало? Въ этомъ отношеніи существуетъ принципіальное различіе между самодержавными государствами съ одной стороны, конституціонными монархіями и республиками съ другой.

Въ самодержавномъ государствѣ принятіе или отклоненіе законопроекта со стороны подлежащаго законосовѣщательнаго учрежденія не имѣетъ рѣшающаго вліянія на судьбу его. Въ конституціонныхъ монархіяхъ и республикахъ принятіе законопроекта народнымъ собраніемъ является необходимымъ условіемъ для утвержденія его.

c) Кто окончательно *утверждаетъ* законопроектъ? По общему правилу—глава государства, который въ самодержавномъ государствѣ какъ уже было замѣчено, не связанъ принятіемъ или непринятіемъ проекта со стороны законосовѣщательнаго учрежденія, обсуждавшаго его, а въ конституціонныхъ монархіяхъ и республикахъ можетъ только утвердить проектъ, принятый народнымъ собраніемъ.

Въ послѣднемъ случаѣ возникаетъ еще вопросъ о томъ, какое значеніе имѣетъ *отказъ* главы государства отъ утвержденія принятаго народнымъ собраніемъ проекта (т. н. наложеніе вето). Обыкновенно

такой отказъ имѣетъ абсолютное значенiе (абсолютное вето). Но въ нѣкоторыхъ государствахъ такой отказъ имѣетъ только задерживающее значенiе (суспензивное вето), въ томъ смыслѣ, что въ случаѣ повторнаго принятiя законопроекта народнымъ собранiемъ проектъ прiобрѣтаетъ силу закона помимо утвержденiя его главой государства.

d) Съ какого момента законъ вступаетъ въ силу, подлежитъ примѣненiю? По общему правилу, не раньше *обнародованiя* его. Формы обнародованiя не всегда одинаковы. Въ настоящее время общепринятой формой является напечатанiе текста закона въ оффицiальномъ правительственномъ органѣ. Иногда сверхъ того требуется еще истеченiе опредѣленнаго срока, или прямо указаннаго въ законѣ, или разъ на всегда установленнаго.

3) Что касается подраздѣленiй законовъ, то мы пока отмѣтимъ слѣдующiя два:

a) Съ одной стороны почти во всѣхъ государствахъ различаются законы *основные* и законы *обыкновенные*.

Это дѣленiе имѣетъ—по крайней мѣрѣ для конституцiонныхъ государствъ то практическое значенiе, что изданiе и отмѣна основныхъ (или конституцiонныхъ) законовъ обставлено болѣе сложными формальностями, или сосредоточивается въ рукахъ другихъ органовъ, чѣмъ изданiе и отмѣна обыкновенныхъ законовъ.

b) Съ другой стороны законы нерѣдко подраздѣляютъ на законы въ матерьяльномъ и формальномъ смыслѣ или короче на законы *матерьяльные* и *формальные*.

Матерьяльными законами называются законы, устанавливающiе какую нибудь общую норму, общее правило.

Формальными называются законы, касающiеся какого нибудь отдѣльнаго частнаго случая.

Сюда относятся напр. законы объ утвержденiи текущей росписи государственныхъ доходовъ и расходовъ, о пожалованiи особыхъ привилегiй опредѣленному лицу или учрежденiю, о присоединенiи новыхъ территорiй и объ уступкѣ части территорiи государства и т. д.

Подобную терминологiю нельзя однако признать удачной. Различенiе матерьяльныхъ и формальныхъ законовъ приводитъ къ смѣшенiю двухъ существенно отличныхъ другъ отъ друга понятiй, а именно понятiя *установленiя* юридическихъ нормъ и понятiя *при-*

мнѣнія ихъ. Одни только матерьяльные законы суть формы образованія, формы установленія юридическихъ нормъ.

Такъ наз. формальные же законы суть только отдѣльные случаи *примѣненія* извѣстной нормы. Дѣйствительно, на какомъ основаніи напр. государственная роспись, бюджетъ, разсматривается и утверждается въ законодательномъ порядкѣ? Очевидно потому, что существуетъ общая норма, матерьяльный законъ, предписывающій разсмотрѣніе ея въ указанномъ порядкѣ. Самый актъ обсужденія и утвержденія росписи представляетъ собою лишь случай примѣненія этого общаго предписанія. То-же слѣдуетъ сказать о всякомъ другомъ формальномъ законѣ.

Но если это такъ, то очевидно неправильно различать законы матерьяльные и формальные. Вѣдь это равносильно утвержденію, что законы подраздѣляются на матерьяльные законы и на случаи примѣненія матерьяльныхъ законовъ!

Чѣмъ же однако замѣнить это неудачное различеніе между законами матерьяльными и формальными? Отвѣтить на этотъ вопросъ не трудно.

Чѣмъ отличаются акты примѣненія нормъ, именуемые формальными законами, отъ всякихъ другихъ подобныхъ актовъ (судебныхъ и административныхъ?). Очевидно тѣмъ, что эти акты осуществляются законодательными, а не административными или судебными органами.

Другими словами, вмѣсто того, чтобы различать законы матерьяльные и формальные, надо различать законы, примѣненіе которыхъ зависитъ отъ судебныхъ или административныхъ органовъ, и законы, примѣненіе которыхъ зависитъ отъ самой законодательной власти, издавшей эти законы.

4) Въ заключеніе необходимо обратить вниманіе еще на одинъ пунктъ. Чѣмъ болѣе важное значеніе пріобрѣтаетъ законодательство, чѣмъ больше жизненныхъ сферъ затрогивается имъ, чѣмъ быстрѣе возрастаетъ число отдѣльныхъ законовъ, тѣмъ труднѣе разобраться въ этой массѣ законодательнаго матерьяла, тѣмъ скорѣе возможны случаи несоотвѣтствія и противорѣчія отдѣльныхъ частей законодательства между собою.

Отсюда рождается потребность въ систематической обработкѣ законодательства, въ сведеніи въ одно цѣлое и согласованіи отдѣльныхъ статей его.

Такая систематизація законодательнаго матерьяла можетъ совершаться въ двоякой формѣ: посредствомъ *инкорпораціи* и *кодификаціи.*

Сущность инкорпораціи заключается въ томъ, что законодатель, ограничиваясь наличнымъ, накопившимся законодательнымъ матерьяломъ, дѣлаетъ болѣе или менѣе систематическую выборку изъ него, съ тѣмъ, что впредь только избранный и систематизированный имъ законодательный матерьялъ долженъ сохранить силу закона.

Сущность кодификаціи заключается въ томъ, что законодатель, пользуясь указаніями теоріи и практики, своимъ и чужеземнымъ правовымъ матерьяломъ, реорганизуетъ все дѣйствующее право или какую нибудь цѣлую область его (напр. право гражданское, уголовное, процессуальное и т. д.) на новыхъ началахъ.

§ 12. Обычное право.

1) Обычное право по весьма распространенному ученію есть первоначальная форма образованія права. Съ этимъ нельзя согласиться. Появленію обычнаго права предшествуютъ другія стадіи правоваго развитія, да и въ составѣ самаго обычнаго права надо различать двѣ формаціи.

a) На первыхъ ступеняхъ соціальнаго развитія внѣшнее поведеніе людей регулируется чисто *субъективными* ассоціаціями идей, подсказывающими, какъ слѣдуетъ поступать въ томъ или другомъ конкретномъ случаѣ. Возникаютъ эти ассоціаціи идей непроизвольно, подъ давленіемъ окружающихъ первобытнаго человѣка внѣшнихъ условій, упрочиваются онѣ подъ вліяніемъ подражательности. Почему слѣдуетъ подчиняться имъ, это вопросъ, не возникающій вовсе.

Указанныя субъективныя ассоціаціи идей со временемъ могутъ перейти въ обычаи, принять характеръ обычно-правовыхъ нормъ.

Но сами по себѣ онѣ не суть еще обычаи. Для того, чтобы онѣ могли стать таковыми, требуется *сознаніе обязательности подчиненія* имъ.

Такое сознательное подчиненіе безсознательно сложившимся ассоціаціямъ идей, опредѣляющимъ поведеніе людей, возможно лишь послѣ того, какъ возникло нѣкоторое подобіе организованнаго суда,

въ практикѣ котораго впервые вырабатывается представленіе необходимости слѣдовать извѣстнымъ общепризнаннымъ правиламъ при разрѣшеніи разнаго рода столкновеній.

Такое значеніе общепризнанныхъ правилъ естественно и присваивается установившимся ассоціаціямъ идей, регулирующимъ поведеніе людей. Изъ практики суда это представленіе проникаетъ затѣмъ и въ остальную общественную среду, порождая то чувство обязательности подчиненія существующему порядку, о которомъ намъ неоднократно уже приходилось говорить какъ объ общемъ источникѣ обязательности юридическихъ нормъ. Съ этого только времени безсознательно сложившіяся субъективныя ассоціаціи идей переходятъ въ сознательно соблюдаемые, признаваемые обязательными обычаи.

И такъ, первичной формой образованія юридическихъ нормъ, знаменующей собою переходъ отъ безсознательно соблюдаемыхъ субъективныхъ ассоціацій идей къ сознательному подчиненію извѣстнымъ признаннымъ правиламъ общежитія, является не обычное право, а судебная практика.

Лишь послѣ того, какъ черезъ ея посредство окрѣпло чувство обязательности подчиненія извѣстнымъ объективнымъ правиламъ общежитія, возможно появленіе обычно-правовыхъ нормъ, сознательно соблюдаемыхъ, сознательно примѣняемыхъ въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ.

Да и то первоначально необходимо руководство внѣшняго авторитета, фиксирующаго содержаніе отдѣльныхъ, дѣйствующихъ въ данной средѣ правилъ общежитія, придающаго имъ характеръ обычно-правовыхъ нормъ, разъясняющаго ихъ заинтересованнымъ лицамъ.

И такъ, нормы обычнаго права первой формаціи суть нормы, возникшія изъ безсознательно сложившихся въ данной общественной средѣ правилъ общежитія въ силу признанія обязательности подчиненія имъ сначала со стороны авторитетныхъ руководителей данной общественной группы, а затѣмъ и со стороны господствующаго большинства этой группы.

b) Такъ какъ первоначально, при маломъ развитіи общественной среды, всѣ живутъ въ одинаковыхъ приблизительно условіяхъ, подвергаются воздѣйствію одинаковыхъ, общихъ соціальныхъ факторовъ, то естественно и первичное обычное право, какъ продуктъ

общихъ соціальныхъ факторовъ, имѣетъ общее значеніе, представляетъ собою *общее обычное право*.

Со временемъ, по мѣрѣ внѣшняго и внутренняго роста данной общественной группы, все это измѣняется.

По мѣрѣ роста народонаселенія и вызваннаго этимъ увеличенія занимаемой имъ территоріи, наряду съ общими обычно-правовыми нормами начинаютъ складываться *мѣстныя* обычно-правовыя нормы, *мѣстное обычное право*.

Съ другой стороны, по мѣрѣ усиленія общественныхъ неравенствъ, по мѣрѣ образованія ряда самостоятельныхъ профессій, самостоятельныхъ общественныхъ классовъ, начинаетъ складываться обычное право совершенно новой формаціи, *профессіональное, классовое обычное право.*

Это новое обычное право вскорѣ начинаетъ пріобрѣтать очень важное значеніе, тогда какъ значеніе обычнаго права первой формаціи, общаго обычнаго права, быстро начинаетъ падать, оно начинаетъ уступать дорогу законодательной дѣятельности.

Въ современныхъ культурныхъ государствахъ обычное право первой формаціи или общее обычное право, если вообще играетъ еще какую нибудь роль, то самую ничтожную. Напротивъ, мѣстное и въ особенности профессіональное или классовое обычное право сохранило важное значеніе.

Отъ общаго и мѣстнаго обычнаго права профессіональное отличается во первыхъ тѣмъ, что оно слагается въ кругу лицъ, связанныхъ общими интересами, принадлежностью къ данной профессіи или данному классу лицъ, тогда какъ общее и мѣстное обычное право составляетъ отраженіе соціальныхъ факторовъ, подъ вліяніемъ которыхъ находятся всѣ члены данной соціальной среды или данной мѣстности; во вторыхъ, нормы профессіональнаго обычнаго права уже не составляютъ въ такой степени продуктъ безсознательнаго соціальнаго развитія, какъ нормы общаго и мѣстнаго обычнаго права; зачастую, особенно въ интеллигентной средѣ, онѣ составляютъ плодъ сознательной личной рефлексіи и сразу же воспринимаются заинтересованными лицами въ силу сознательнаго признанія пригодности ихъ.

Подводя итоги сказанному, мы можемъ опредѣлить нормы профессіональнаго или классоваго обычнаго права какъ нормы, складывающіяся болѣе или менѣе сознательно въ средѣ представителей

той или другой профессіи, того или другаго класса, и получающія въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ обязательное значеніе въ силу признанія и сознательнаго соблюденія ихъ со стороны соотвѣтствующей группы заинтересованныхъ лицъ.

2) Мы очертили общій ходъ развитія обычнаго права и отмѣтили двѣ стадіи, черезъ которыя оно прошло. Теперь мы можемъ обратиться къ критической оцѣнкѣ разныхъ теорій объ обычномъ правѣ.

Въ этомъ отношеніи необходимо замѣтить, что до нашего столѣтія въ ученомъ мірѣ преобладалъ взглядъ, въ силу котораго единственнымъ настоящимъ «источникомъ» права считался законъ, какъ непосредственное выраженіе воли законодателя. Что же касается нормъ обычнаго права, то обязательное значеніе ихъ или совсѣмъ отрицали, или опредѣляли ихъ какъ «молчаливые» законы, или выводили допущеніе обычаевъ изъ общаго или спеціальнаго *согласія* законодательной власти.

При этомъ упускалось изъ виду, что обычное право по времени предшествуетъ закону и слѣд. должно было имѣть обязательное значеніе еще въ такое время, когда о законодательной дѣятельности не могло быть и рѣчи.

А если это такъ, то нельзя конечно ни выводить допущенія обычнаго права изъ согласія законодателя, ни опредѣлять его какъ молчаливый законъ.

Совершенно новый свѣтъ на ученіе объ обычномъ правѣ былъ пролитъ народившейся въ началѣ нынѣшняго вѣка исторической школой права.

Одинъ изъ самыхъ видныхъ представителей ея, знаменитый профессоръ римскаго права Пухта, посвятилъ вопросу объ обычномъ правѣ цѣлое двухтомное сочиненіе. Въ немъ онъ не только признаетъ за обычнымъ правомъ вполнѣ самостоятельное значеніе наряду съ закономъ, но отводитъ ему даже *первенствующее значеніе* сравнительно съ послѣднимъ.

Раздѣляя общій взглядъ исторической школы на право какъ на продуктъ народнаго духа, онъ говоритъ, что обычное право, предшествующее во времени всѣмъ другимъ формамъ образованія юридическихъ нормъ, есть *непосредственный* продуктъ этого народнаго духа, оно служитъ непосредственнымъ выраженіемъ народно-правовыхъ убѣжденій, а потому стоитъ выше производныхъ формъ вы-

раженія этихъ убѣжденій,—закона и дѣятельности юристовъ, и не нуждается въ признаніи со стороны законодателя.

Установивъ свой общій взглядъ на обычное право, Пухта переходитъ засимъ къ вопросу о происхожденіи его. Этотъ вопросъ до него мало привлекалъ къ себѣ вниманіе изслѣдователей. Поскольку его вообще затрогивали, онъ разрѣшался въ томъ смыслѣ, что обычаи возникаютъ въ силу фактическаго, даже случайнаго соблюденія того или другаго правила въ ряду однородныхъ случаевъ.

Этому механическому взгляду Пухта противопоставилъ положеніе, что юридическій обычай является лишь внѣшнимъ и притомъ сознательнымъ выраженіемъ уже раньше существующаго въ народномъ сознаніи правоваго убѣжденія.

Теорія Пухты, знаменуя собою важный шагъ впередъ, тѣмъ не менѣе не свободна отъ многихъ важныхъ недостатковъ.

Прежде всего, если даже признать правильными всѣ исходныя положенія Пухты, то его теорія охватываетъ только общіе обычаи, обычаи цѣлаго народа, но непригодна для объясненія мѣстныхъ и профессіональныхъ обычаевъ.

Засимъ, она допускаетъ не только существованіе неуловимаго, чисто метафизическаго народнаго духа, существующаго съизначала какъ нѣчто данное, но предполагаетъ сверхъ того, что этотъ народный духъ проявляется сразу въ вполнѣ *сознательныхъ* народно-правовыхъ убѣжденіяхъ. Этому противорѣчатъ данныя индивидуальной и соціальной психологіи, неопровержимо свидѣтельствующія о томъ, что сознательнымъ актамъ предшествуютъ безсознательные.

Наконецъ, эта теорія признаетъ полную самобытность обычнаго права, полную независимость его отъ законодательства не только на первыхъ ступеняхъ соціальнаго развитія, но и на позднѣйшихъ. Этому противорѣчитъ то обстоятельство, что законъ въ извѣстныхъ предѣлахъ можетъ стѣснить, парализовать образованіе обычнаго права и во всякомъ случаѣ даже тамъ, гдѣ онъ его признаетъ, требуетъ для такого признанія соблюденія извѣстныхъ условій.

Первые два изъ указанныхъ недостатковъ были сознаны уже рано и вызвали рядъ попытокъ къ устраненію ихъ.

Въ особенности вопросъ о сознательномъ или безсознательномъ происхожденіи обычаевъ подвергся тщательному разбору, причемъ одни (какъ напр. Савиньи) утверждаютъ, что наряду съ сознательно

возникающими обычаями существуютъ и безсознательно формирующіяся правила общежитія, которыя со временемъ получаютъ тоже значеніе юридическихъ обычаевъ, а другіе (напр. проф. Сергѣевичъ и Коркуновъ) думаютъ, что нѣтъ вообще обычаевъ, которые съ самого начала возникли бы сознательно; въ каждомъ данномъ случаѣ сначала возникаетъ безсознательно соблюдаемое правило общежитія, которое лишь позднѣе становится юридическимъ обычаемъ, когда въ соблюденіе его превзойдетъ сознаніе его обязательности.

Однако послѣднее утвержденіе заходитъ слишкомъ далеко. Оно вѣрно лишь по отношенію къ обычному праву первой формаціи; что же касается профессіональнаго обычнаго права, то отдѣльныя нормы его, какъ мы уже имѣли случай замѣтить, нерѣдко сразу сознательно формулируются и сознательно же воспринимаются заинтересованными лицами.

Что касается послѣдняго изъ отмѣченныхъ нами недостатковъ въ теоріи Пухты, т. е. полнаго игнорированія того вліянія, которое оказываетъ законодательство на силу и значеніе обычнаго права, то мы подготовимъ сначала почву для разрѣшенія этого вопроса путемъ разсмотрѣнія тѣхъ условій, какимъ должна удовлетворять обычно-правовая норма для того, чтобы быть признана таковою.

3) Условія, при которыхъ признается существованіе той или другой нормы обычнаго права, могутъ быть сведены къ слѣдующимъ главнымъ пунктамъ.

Во-первыхъ требуется болѣе или менѣе *продолжительное* соблюденіе даннаго правила въ кругу заинтересованныхъ лицъ.

Сколько именно времени должно пройти раньше, чѣмъ данное обыкновеніе могло бы быть признано юридическимъ обычаемъ, обыкновенно предоставляется рѣшить суду. Отъ него же зависитъ признать, достаточно ли число случаевъ, въ которыхъ эта норма примѣнялась.

Во-вторыхъ требуется *однообразное* соблюденіе даннаго правила. Если въ кругу однихъ и тѣхъ же заинтересованныхъ лицъ въ однородныхъ случаяхъ соблюдалось то одно, то другое правило, то ни за тѣмъ, ни за другимъ нельзя признать значенія обычно-правовой нормы.

Наконецъ, требуется *сознательное* соблюденіе даннаго правила, соединенное съ *признаніемъ обязательности* его.

Констатировать наличность этого признака тѣмъ легче, чѣмъ развитѣе среда, въ которой сложилось данное правило.

Въ связи съ этимъ возникаетъ вопросъ о томъ, какъ быть въ томъ случаѣ, когда судъ незнакомъ съ обычаемъ, на который ссылаются стороны при разбирательствѣ даннаго дѣла. Обязанъ ли онъ самъ позаботиться о разъясненіи вопроса о существованіи или несуществованіи даннаго обычая, или же доказать существованіе обычая зависитъ отъ сторонъ, ссылающихся на него.

Въ прежнее время преобладалъ второй взглядъ, въ настоящее время большинство изслѣдователей склоняется въ пользу перваго, т. е. признаютъ, что судъ самъ обязанъ принять всѣ зависящія отъ него мѣры, чтобы выяснить указанный вопросъ, причемъ конечно стороны могутъ оказать ему въ этомъ дѣлѣ содѣйствіе.

Важнѣйшимъ доказательствомъ въ данномъ случаѣ служатъ конечно прежнія судебныя рѣшенія, въ которыхъ данный обычай былъ признанъ.

4) Теперь обратимся къ вопросу объ отношеніи законодательства къ обычному праву.

Обыкновенно этотъ вопросъ разсматривается въ примѣненіи къ одному спеціальному случаю и формулируется такимъ образомъ: можетъ ли законъ быть отмѣненъ позднѣйшимъ обычаемъ?

Такъ какъ въ большинствѣ законодательствъ содержится прямое запрещеніе на этотъ счетъ и обычаи, поскольку они вообще допускаются, допускаются только въ дополненіе, но не въ отмѣну закона, то отсюда возникъ взглядъ, безусловно отрицающій возможность отмѣны закона обычаемъ.

Однако, въ исторіи права почти каждаго народа встрѣчаются подобные случаи. Отсюда противоположный взглядъ, самымъ крайнимъ представителемъ котораго является Пухта: въ силу этого взгляда позднѣйшій обычай безусловно можетъ отмѣнить болѣе ранній законъ.

Иногда указанный вопросъ ставится и въ такой формѣ: какое значеніе имѣетъ запрещеніе ссылаться на обычаи, выраженное въ законѣ? Препятствуетъ ли это образованію обычнаго права или нѣтъ? Нѣкоторые даютъ на это утвердительный, другіе отрицательный отвѣтъ.

Правильное разрѣшеніе этого важнаго вопроса одинаково невозможно какъ въ томъ случаѣ, когда мы утверждаемъ, что появленіе

обычно-правовыхъ нормъ немыслимо безъ оффиціальнаго открытаго признанія въ законѣ, такъ и въ томъ случаѣ, когда мы утверждаемъ, что никакого признанія этихъ нормъ со стороны органовъ государственной власти не требуется.

Такое признаніе совершенно необходимо. Не требуется только открытаго признанія въ законѣ, со стороны органовъ законодательной власти. Достаточно косвенное признаніе силы обычая, въ особенности со стороны суда, который вѣдь тоже представляетъ собою органъ государственной власти и отъ котораго, какъ мы видѣли, въ случаѣ спора зависитъ разрѣшеніе вопроса о томъ, слѣдуетъ ли признать или не признать существованіе данной нормы обычнаго права. Такого признанія конечно труднѣе добиться отъ суда, когда въ законѣ есть прямое запрещеніе признавать обязательную силу за обычаями, чѣмъ когда такого запрещенія нѣтъ. Его труднѣе добиться по отношенію къ обычаямъ, идущимъ въ разрѣзъ съ закономъ, чѣмъ по отношенію къ обычаямъ, лишь дополняющимъ законъ. Но и тутъ и тамъ такое признаніе не невозможно, ибо судъ, имѣя постоянно дѣло съ реальными, жизненными отношеніями, не можетъ относиться къ нимъ чисто отрицательно, а долженъ со временемъ дѣлать имъ уступки.

Съ другой стороны, разъ данная норма, сама по себѣ могущая пріобрѣсти значеніе юридическаго обычая, никѣмъ изъ органовъ государственной власти не признается обязательной, она не можетъ считаться юридической нормой, юридическимъ обычаемъ, а служитъ только показателемъ субъективныхъ стремленій и желаній, образовавшихся въ данной мѣстности или въ данномъ классѣ общества.

§ 13. Судебная практика.

1) Мы уже замѣтили, что судебная практика есть древнѣйшая форма образованія юридическихъ нормъ. Въ примитивномъ судѣ безсознательно сложившіяся правила общежитія впервые сознательно формулируются и кладутся въ основаніе судебныхъ рѣшеній.

Но судебная практика сохраняетъ важное значеніе и послѣ появленія обычнаго права и законодательства.

Правда, мы привыкли считать, что ближайшая задача суда состоитъ въ примѣненіи существующихъ, а не въ созданіи новыхъ

нормъ. Но не слѣдуетъ забывать, что это требованіе не всегда выполнимо. Оно невыполнимо даже въ современныхъ, культурныхъ государствахъ, при сравнительно высокомъ развитіи законодательства, высокомъ однако чаще въ количественномъ, чѣмъ въ качественномъ отношеніи.

Тѣмъ менѣе выполнимо подобное требованіе на болѣе раннихъ ступеняхъ культурнаго развитія. А чѣмъ несовершеннѣе состояніе дѣйствующаго права, тѣмъ важнѣе роль судебной практики въ дѣлѣ образованія юридическимъ нормъ.

Достаточно вспомнить, что напр. въ Римѣ временъ республики судебной практикѣ въ лицѣ претора было прямо присвоено право изданія обязательныхъ нормъ. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ оффиціальнымъ, открытымъ признаніемъ творческаго значенія судебной практики въ дѣлѣ образованія юридическихъ нормъ.

Въ настоящее время мы такого прямаго признанія подобнаго значенія судебной практики не встрѣчаемъ. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы суды на самомъ дѣлѣ, не то чтобы ограничивались, а могли бы ограничиваться примѣненіемъ дѣйствующихъ нормъ. Во всякомъ законодательствѣ встрѣчаются неполноты, противорѣчія, неясныя постановленія.

Для ихъ устраненія, по вѣрному замѣчанію проф. Коркунова, представляются обыкновенно нѣсколько путей и выборъ между этими различными, но одинаково возможными путями, дѣлаемый судебной практикой, *можетъ* привести къ установленію новыхъ нормъ, разъ данное толкованіе начинаетъ считаться обязательнымъ не въ силу внутренняго убѣжденія суда въ правильности его, а въ силу либо того, что оно освящено прежней практикой, либо того, что оно исходитъ отъ высшаго суда. Тутъ и прямое запрещеніе закона мало помогаетъ: оно приводитъ лишь къ тому, что вмѣсто открытаго признанія силы судебныхъ прецедентовъ и авторитета высшаго суда устанавливается молчаливое признаніе сложившихся такимъ путемъ нормъ.

2) Въ заключеніе замѣтимъ, что нѣкоторые ученые смотрятъ на судебную практику лишь какъ на частную форму обычнаго права.(x) Основаніемъ для этого служитъ главнымъ образомъ то обстоятельство, что нормы судебной практики подобно обычно-правовымъ нормамъ вырабатываются обыкновенно въ примѣненіи къ отдѣльнымъ частнымъ случаямъ и не всегда формулируются въ видѣ общихъ правилъ.

x) Это тоже своего рода процессуальные обычные нормы, которые, конечно, должны быть названы техническими.

Однако это чисто внѣшнее, и при томъ далеко не полное сходство не оправдываетъ дѣлаемаго изъ него вывода.

Съ другой стороны, и защитники самостоятельнаго значенія судебной практики не всегда правильно формулируютъ различіе, существующее между нормами, выработанными ею и обычно-правовыми нормами.

Такъ напр. проф. Коркуновъ сводитъ это различіе къ двумъ пунктамъ.

Во первыхъ, говоритъ онъ, нормы судебной практики образуются всегда вполнѣ сознательно, а нормы обычнаго права представляютъ всегда продукты безсознательнаго развитія.

Но послѣднее, какъ мы уже имѣли случай замѣтить, вѣрно лишь относительно обычнаго права общаго и мѣстнаго, тогда какъ нормы классоваго и въ особенности профессіональнаго обычнаго права *могутъ* возникать и вполнѣ сознательно.

«Другое отличіе судебной практики отъ обычая, «говоритъ проф. Коркуновъ:» заключается въ томъ, что подобно закону, оно создается *не обществомъ*, и не какимъ либо отдѣльнымъ классомъ, а *учрежденіемъ*». Но и обычное право можетъ быть создано учрежденіемъ,— стоитъ вспомнить биржевые обычаи.

Въ чемъ же заключается на самомъ дѣлѣ различіе между обычно-правовыми нормами и нормами судебной практики? Оно заключается въ *формальномъ основаніи*, по которому данная норма признается судомъ обязательной.

Обычно-правовыя нормы признаются обязательными въ силу того, что онѣ сознательно соблюдаются со стороны соотвѣтствующей группы заинтересованныхъ лицъ. Нормы судебной практики, напротивъ, признаются обязательными либо въ силу того, что онѣ освящены прежней практикой, либо въ силу авторитета высшаго суда.

Итакъ вотъ результатъ, къ которому мы пришли: *нормы судебной практики суть нормы, признаваемыя обязательными либо въ силу того, что онѣ освящены прежней практикой, либо въ силу авторитета высшаго суда.*

§ 14. Остальныя формы образованія юридическихъ нормъ.

I. Указная дѣятельность органовъ исполнительной власти. *)

1) Подобно тому какъ судъ не только примѣняетъ дѣйствующія нормы, но въ извѣстныхъ случаяхъ устанавливаетъ также новыя нормы, и органы исполнительной власти не только исполняютъ существующіе законы, но въ извѣстныхъ случаяхъ и сами издаютъ юридическія нормы.

Эти нормы, издаваемыя въ порядкѣ управленія, мы назовемъ, по примѣру проф. Коркунова, указами. Ближе, *указы суть юридическія нормы*, непосредственно *устанавливаемыя подлежащими органами государственной власти въ порядкѣ управленія.*

Характеризуя указы какъ юридическія нормы, мы тѣмъ самымъ отличаемъ ихъ отъ всякихъ другихъ общихъ распоряженій администраціи, какъ-то: хозяйственныхъ, дѣлопроизводственныхъ и другихъ, имѣющихъ значеніе *техническихъ* правилъ, а не юридическихъ нормъ, а также отъ распоряженій чисто исполнительнаго характера, касающихся отдѣльныхъ частныхъ случаевъ.

Характеризуя указы какъ нормы, непосредственно издаваемыя подлежащими органами государственной власти *въ порядкѣ управленія,* мы тѣмъ самымъ отличаемъ ихъ отъ законовъ.

Правда, на первый взглядъ могло бы показаться, что есть другой, болѣе наглядный признакъ, отличающій указы отъ законовъ, а именно слѣдующій: законы—это нормы непосредственно издаваемыя органами *верховной* власти, а указы—это нормы, непосредственно издаваемыя органами *подчиненными*, не участвующими въ законодательствѣ.

Но дѣло въ томъ, что одни и тѣ же лица и учрежденія могутъ участвовать и въ законодательствѣ, и въ управленіи. Такъ, глава государства всегда считается вмѣстѣ съ тѣмъ главою исполнительной власти. Такъ, при двухпалатной системѣ одна изъ палатъ, являясь однимъ изъ органовъ, участвующихъ въ законодательствѣ, вмѣстѣ съ тѣмъ можетъ быть облечена исполнительными функціями.

Такимъ образомъ, опредѣленіе указовъ какъ нормъ, издаваемыхъ органами подчиненными, не участвующими въ законодательствѣ, было бы во всякомъ случаѣ *неполнымъ*, ибо наряду съ подобными указами встрѣчаются и указы, исходящіе отъ лицъ и учрежденій, участвующихъ въ законодательствѣ.

---

*) Коркуновъ, указъ и законъ.

Если это такъ, то единственное коренное различіе между законами и указами только и можетъ заключаться въ томъ, что первые издаются *инымъ* порядкомъ, чѣмъ вторые.

То обстоятельство, что указы могутъ быть издаваемы не только лицами и учрежденіями, участвующими въ законодательствѣ, но также органами подчиненными, даетъ лишь основаніе различать *двѣ группы указовъ*: указы, исходящіе отъ органовъ верховнаго управленія, и указы, исходящіе отъ органовъ подчиненнаго управленія.

2) Но какъ *практически* отличать указы верховнаго управленія отъ законовъ? По какимъ *внѣшнимъ* критеріямъ можно напр. судить о томъ, есть ли данная норма, обнародованная за подписью главы государства, указъ или законъ, т. е. состоялась ли она въ порядкѣ законодательномъ или въ порядкѣ управленія?

На это нужно дать такой отвѣтъ: ни одна норма, изданная лицомъ или учрежденіемъ, участвующимъ въ законодательствѣ, безъ участія остальныхъ органовъ, привлекаемыхъ къ разсмотрѣнію законопроектовъ, не можетъ считаться закономъ. Слѣдовательно, всякая такая норма, поскольку она вообще имѣетъ юридическое значеніе, можетъ быть признана только указомъ.

3) Что касается *формальныхъ основаній* указной дѣятельности органовъ исполнительной власти, то «право изданія указовъ можетъ основываться или на общемъ полномочіи правительства управлять государствомъ, или на спеціальномъ на то полномочіи закона. Сообразно съ этимъ различаютъ *самостоятельные и несамостоятельные указы*». (Коркуновъ, ук. соч. стр. 257).

Право изданія несамостоятельныхъ указовъ можетъ быть предоставляемо закономъ какъ органамъ верховнаго, такъ и органамъ подчиненнаго управленія. Что же касается самостоятельныхъ указовъ, то таковые могутъ исходить только отъ органовъ верховнаго управленія.

Обязательная сила какъ тѣхъ, такъ и другихъ обусловливается *непротиворѣчіемъ ихъ закону*. Таково по крайней мѣрѣ общее правило. Фактическое проведеніе его въ жизни обусловливается какъ особенностями государственнаго устройства данной страны, такъ и характеромъ и устройствомъ органовъ, контролирующихъ соблюденіе означеннаго правила.

4) Въ заключеніе замѣтимъ, что до послѣдняго времени вопросъ о томъ, имѣютъ ли вообще органы исполнительной власти право

устанавливать *юридическія* нормы, вызывалъ въ литературѣ оживленные споры.

Въ настоящее время этотъ споръ можетъ считаться окончательно разрѣшеннымъ въ утвердительномъ смыслѣ.

Необходимость указной дѣятельности органовъ исполнительной власти вытекаетъ изъ того, что законодательство не можетъ предусмотрѣть и впередъ регламентировать все разнообразіе житейскихъ отношеній.

Между тѣмъ, потребность въ подобной регламентаціи можетъ оказаться или по крайней мѣрѣ съ извѣстной точки зрѣнія считаться совершенной необходимой. Этой потребности и отвѣчаетъ между прочимъ указная дѣятельность администраціи, которая имѣетъ тѣмъ большее практическое значеніе и захватываетъ тѣмъ болѣе широкій кругъ отношеній, чѣмъ менѣе приспособлено къ условіямъ жизни текущее законодательство.

Можно сказать даже больше: при несовершенномъ состояніи законодательства, при отсутствіи или маломъ развитіи органовъ, призванныхъ контролировать законность указной дѣятельности администраціи, даже формальное запрещеніе послѣдней не достигаетъ цѣли. Въ такомъ случаѣ открытая указная дѣятельность лишь въ большей или меньшей степени будетъ замѣнена *административной практикой*, вырабатывающей извѣстныя нормы тѣмъ же путемъ, какимъ вырабатываются и нормы судебной практики.

II. Статутарныя нормы.

Нерѣдко тѣмъ или другимъ подчиненнымъ государству союзамъ предоставляется право выработки юридическихъ нормъ въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ (такъ наз. *право автономіи*).

И такъ, *статутарныя нормы суть юридическія нормы, признаваемыя обязательными въ силу того, что онѣ изданы союзомъ, пользующимся правомъ автономіи.*

Условія и предѣлы права автономіи регулируются на болѣе раннихъ ступеняхъ развитія обычаемъ, на болѣе позднихъ—закономъ.

III. Дѣятельность юриспруденціи или наука права.

Вопросъ о томъ, могутъ ли научныя положенія, выработанныя представителями юриспруденціи, пріобрѣсти характеръ юридическихъ нормъ, принадлежитъ къ числу самыхъ спорныхъ вопросовъ.

Разрѣшеніе его въ утвердительномъ смыслѣ обусловливается двумя обстоятельствами: во 1-хъ, характеромъ самого научнаго положенія и во 2-хъ, признаніемъ его обязательнаго значенія со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти.

Первому условію удовлетворяютъ не-мало научныхъ положеній, въ особенности же тѣ, которыя представляютъ собою попытки толкованія неясныхъ или согласованія противорѣчивыхъ юридическихъ нормъ.

Что же касается признанія обязательной силы такихъ положеній со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти, то его мы въ современныхъ государствахъ не встрѣчаемъ. Въ исторіи права, правда, бывали примѣры подобнаго признанія, на что намъ приходилось уже указывать (ср. § 10).

Однако, оно связано съ такими неудобствами, что отъ него резонно отказались. Дѣло въ томъ, что ученые во взглядахъ своихъ на отдѣльные спорные вопросы права часто расходятся; разъ признавать за ихъ взглядами обязательное значеніе, то тотчасъ возникаетъ вопросъ, какъ поступить суду въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ единообразія во взглядахъ, (а ихъ громадное большинство).

Приходится или прибѣгать къ механическому счету голосовъ, какъ это было установлено въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ и въ средніе вѣка, или предоставить суду рѣшить въ такихъ случаяхъ дѣло по внутреннему убѣжденію. Послѣдній и несомнѣнно единственно правильный взглядъ въ настоящее время окончательно восторжествовалъ. Но съ принятіемъ этого взгляда конечно несовмѣстимо признаніе обязательной силы научныхъ положеній.

И такъ, мы должны признать, что по крайней мѣрѣ въ современныхъ государствахъ наука права не можетъ быть причислена къ формамъ образованія юридическихъ нормъ.

Раздѣлъ II. Формы образованія юридическихъ нормъ по дѣйствующему русскому праву.

§ 15. Общій обзоръ *).

1) Высшей формой юридическихъ нормъ является у насъ, какъ во всякомъ современномъ государствѣ, *законъ*.

*) Ср. Коркуновъ, лекціи по общей теоріи права, стр. 305 и сл. Градовскій, начала русскаго государственнаго права, т. I. Цитовичъ, курсъ гражданскаго права, вып. I.

Въ основныхъ законахъ даже ни о какихъ другихъ формахъ юридическихъ нормъ не упоминается. Ст. 47 Основныхъ Законовъ просто говоритъ: «Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ положительныхъ законовъ, учрежденій и уставовъ, отъ Самодержавной Власти исходящихъ».

Однако изъ этого не слѣдуетъ, чтобы и въ самомъ дѣлѣ у насъ не признавались никакія другія формы юридическихъ нормъ.

2) Во-первыхъ, наряду съ закономъ весьма важное значеніе имѣетъ *обычное право*. Это значеніе его оффиціально признается нашимъ законодательствомъ.

Съ одной стороны, законодательство въ небольшомъ числѣ случаевъ прямо указываетъ на извѣстныя отношенія, опредѣляемыя по обычаю. Ср. напр. т. X ч. I Св. зак. ст. 452 пр., 454, ст. 1539 п. 4, 1700 пр., 2112 п. 3; т. XI ч. 2 Уст. Торг. ст. 592 прим. I п. 187. Въ указанныхъ случаяхъ на обычай можно ссылаться безотносительно къ тому, въ какомъ судѣ разбирается дѣло.

Независимо отъ этого, ссылка на обычаи допускается *вообще*, безъ точнаго указанія отдѣльныхъ отношеній, опредѣляемыхъ по обычаю, въ дѣлахъ, подсудныхъ инородческимъ, волостнымъ, станичнымъ и коммерческимъ судамъ, мировымъ и городскимъ судьямъ, земскимъ начальникамъ и уѣзднымъ членамъ окружныхъ судовъ.

Особенное значеніе имѣетъ конечно предоставленное волостнымъ судамъ право рѣшать подсудныя имъ дѣла по обычному праву, такъ какъ имъ фактически подвѣдомственны почти всѣ гражданскія дѣла крестьянъ, т. е. громаднаго большинства населенія Россіи.

Въ заключеніе замѣтимъ, что волостные, инородческіе и станичные суды рѣшаютъ подвѣдомственныя имъ дѣла *исключительно* по обычному праву. Въ остальныхъ случаяхъ обычаи признаются по общему правилу лишь постольку, поскольку они *дополняютъ* законъ; но конечно законъ можетъ установить изъятіе изъ этого общаго правила, самъ отдавая для данной категоріи отношеній предпочтеніе обычаю.

3) Что касается *судебной практики*, то ст. 65 Основныхъ Законовъ говоритъ: «Законы должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякаго измѣненія или распространенія. Всѣ безъ изъятія мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, во всякомъ случаѣ должны утверждать опредѣленія свои на точныхъ словахъ закона, не перемѣняя въ нихъ, безъ до-

клада Императорскому Величеству, ни единой буквы, и *не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій*».

Редакція статьи не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что составители свода законовъ относились къ судебной практикѣ совершенно отрицательно.

Это объясняется тѣмъ, что они находились всецѣло подъ вліяніемъ господствовавшихъ въ то время воззрѣній на законъ какъ на единственный «источникъ» права. (Вотъ почему между прочимъ и ст. 47 осн. зак. говоритъ только о законахъ. отъ Самодержавной Власти исходящихъ, не упоминая ни о какихъ другихъ формахъ юридическихъ нормъ).

Однако, это формальное отрицаніе самостоятельнаго значенія судебной практики само по себѣ не могло бы имѣть особеннаго практическаго значенія, тѣмъ болѣе, что приведенная ст. 65 заканчивается такъ: «Но если бы гдѣ либо, по различію буквальнаго смысла узаконеній встрѣтилось затрудненіе въ избраніи и приложеніи закона къ разсматриваемому дѣлу: въ такомъ случаѣ, по невозможности согласить буквальный смыслъ одного закона съ таковымъ же другаго, самая необходимость предписываетъ, особенно въ высшихъ мѣстахъ, *слѣдовать общему духу законодательства* и держаться смысла, наиболѣе оному соотвѣтствующаго».

Но дѣло въ томъ, что судебная часть въ то время вообще не была еще отдѣлена отъ власти законодательной: высшей судебной инстанціей былъ государственный совѣтъ, т. е. учрежденіе, участвующее и въ законодательствѣ. Низшіе суды, усматривая неясность или неполноту закона, должны были представлять о томъ въ высшую инстанцію; если и высшая инстанція встрѣчала сомнѣнія въ разрѣшеніи дѣла, она передавала его въ слѣдующую инстанцію, вплоть до поступленія дѣла въ государственный совѣтъ, гдѣ оно окончательно разрѣшалось Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ совѣта, т. е. законодательнымъ порядкомъ.

При такихъ условіяхъ конечно выработка нормъ судебной практикой встрѣчала почти непреодолимыя препятствія.

Все это измѣнилось съ введеніемъ Судебныхъ Уставовъ 1864 г., которые разграничили судебную власть отъ законодательной. Вмѣстѣ съ тѣмъ было отмѣнено запрещеніе толкованія законовъ со стороны судебныхъ мѣстъ. Взамѣнъ этого ст. 10 у. гр. суд. (и тождественная съ ней по смыслу ст. 13 у. уг. суд.) прямо постановляетъ:

«Воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ. За нарушеніе сего правила виновные подвергаются отвѣтственности, какъ за отказъ въ правосудіи».

Этимъ судебной практикѣ было открыто широкое поле дѣятельности.

Правда, формально законъ и теперь не признаетъ обязательнаго значенія за нормами, вырабатываемыми судебной практикой. Напротивъ, законъ, обязывая суды не уклоняться отъ толкованія закона, исходитъ изъ предположенія, что суды въ каждомъ данномъ случаѣ будутъ толковать законъ исключительно по внутреннему убѣжденію, не стѣсняясь судебными прецедентами и авторитетомъ высшихъ инстанцій и въ особенности кассаціонныхъ департаментовъ Сената. На дѣлѣ однако низшія судебныя инстанціи при разрѣшеніи спорныхъ вопросовъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ безпрекословно подчиняются разъясненіямъ, преподаваемымъ Сенатомъ. Да это и вполнѣ естественно, ибо не говоря объ удобствахъ, какія это представляетъ для суда, который, ссылаясь на состоявшееся по однородному дѣлу разъясненіе Сената, можетъ избѣгнуть подробной мотивировки юридическихъ основаній своего рѣшенія,—есть еще и другой мотивъ, побуждающій суды къ подчиненію кассаціонной практикѣ. Дѣло въ томъ, что въ случаѣ принесенія кассаціонной жалобы на рѣшеніе суда, несогласное съ ранѣе высказанными взглядами Сената, есть гораздо большая вѣроятность кассаціи рѣшенія, чѣмъ въ противномъ случаѣ. А кассація рѣшенія связана съ новымъ пересмотромъ дѣла прежней инстанціей, (хотя и въ другомъ составѣ), причемъ на этотъ разъ разъясненія Сената, какъ состоявшіяся по данному дѣлу, имѣютъ уже безусловно обязательное значеніе для суда.

При такихъ условіяхъ уклоненія со стороны низшихъ судовъ отъ началъ, устанавливаемыхъ Сенатомъ, не могутъ быть часты.

4) Намъ остается сказать нѣсколько словъ объ указной дѣятельности органовъ исполнительной власти. Въ этомъ отношеніи нельзя прежде всего не замѣтить, что нужно различать Высочайшіе указы и указы органовъ подчиненнаго управленія.

Что касается Высочайшихъ указовъ или иначе Высочайшихъ повелѣній, издаваемыхъ не въ порядкѣ законодательномъ, а въ порядкѣ управленія, то о нихъ мы скажемъ ниже.

Что касается указной дѣятельности органовъ подчиненнаго уп-

равленія, то законъ принципіально отрицаетъ ее. Такъ, ст. 154 общаго наказа Министерствамъ (т. 1 ч. 2 св. зак.) говоритъ: «Существо власти, ввѣренной министрамъ, принадлежитъ единственно къ порядку исполнительному: никакой новый законъ, никакое новое учрежденіе или отмѣна прежняго не могутъ быть установляемы властью министра».

Такое же правило устанавливается и по отношенію къ губернаторамъ: ст. 274 общаго губ. учр. гласитъ: «предѣлы власти и кругъ дѣйствія губернаторовъ опредѣляются самимъ свойствомъ ихъ обязанностей. Будучи только исполнителями и, такъ сказать, оберегателями законовъ, они не въ правѣ ни дѣлать новыхъ постановленій, ни отступать отъ существующихъ».

И такъ, составители свода зак. отнеслись безусловно отрицательно къ указной власти органовъ подчиненнаго управленія. Это тѣмъ болѣе странно, что до изданія свода на практикѣ вполнѣ признавалась, по крайней мѣрѣ, указная власть министровъ.

Со временемъ однако такое чисто отрицательное отношеніе не могло удержаться. Въ настоящее время приведенныя законоположенія могутъ быть понимаемы лишь въ томъ смыслѣ, что ни одинъ органъ подчиненнаго управленія не имѣетъ права изданія *самостоятельныхъ* указовъ.

Другими словами, органы подчиненнаго управленія пользуются правомъ изданія указовъ (т. е. юридическихъ нормъ, обязательныхъ не только для лицъ, непосредственно подчиненныхъ имъ, но и для третьихъ лицъ), только въ силу спеціальнаго полномочія закона и въ предѣлахъ, указанныхъ имъ.

Въ этихъ предѣлахъ право на изданіе указовъ принадлежитъ въ настоящее время, на основаніи соотвѣтствующихъ спеціальныхъ законовъ, отдѣльнымъ министрамъ, губернаторамъ, градоначальникамъ, городскимъ думамъ и губернскимъ земскимъ собраніямъ *).

§ 16. Русское законодательство.

1) Какъ монархъ самодержавный, Государь Императоръ является единственнымъ носителемъ законодательной власти (ст. 1, 50 и 51 осн. зак.):

*) См. подробности у Коркунова, указъ и законъ, стр. 358 и сл.

a) Отсюда многіе заключаютъ, что всякое Высочайшее повелѣніе есть законъ въ томъ смыслѣ, что всѣ Высочайшія повелѣнія пользуются одинаковой безусловно обязательной силой, въ какой бы формѣ они ни были выражены.

Съ этой точки зрѣнія отвергаютъ возможность различать Высочайшія повелѣнія, издаваемыя въ порядкѣ законодательномъ, и Высочайшія повелѣнія, издаваемыя въ порядкѣ управленія.

Но если даже допустить, что всякое Высочайшее повелѣніе имѣетъ одинаковую обязательную силу, то всетаки отсюда далеко до утвержденія, что всякое проявленіе Высочайшей воли есть законъ. Въ составѣ Высочайшихъ повелѣній необходимо различать прежде всего двѣ группы: повелѣнія, устанавливающія общія нормы, и повелѣнія, касающіяся отдѣльныхъ частныхъ случаевъ, напр., пожалованія и лишенія дворянства, экспропріаціи отдѣльныхъ земельныхъ участковъ, и т. д. Это различіе соотвѣтствуетъ различію между законами матерьяльными и формальными.

Но, какъ уже было замѣчено нами, только матерьяльные законы могутъ считаться законами въ техническомъ смыслѣ, въ смыслѣ одного изъ видовъ юридическихъ нормъ.

Такъ называемые формальные же законы суть только случаи примѣненія юридическихъ нормъ.

Примѣняя это положеніе къ интересующему насъ вопросу, мы должны прежде всего признать, что законами въ техническомъ смыслѣ могутъ быть названы только Высочайшія повелѣнія, устанавливающія юридическія нормы, въ противоположность Высочайшимъ повелѣніямъ, касающимся отдѣльныхъ частныхъ случаевъ.

b) Переходя засимъ къ вопросу о томъ, всѣ ли Высочайшія повелѣнія, устанавливающія юридическія нормы, должны считаться законами, или же существуетъ различіе между Высочайшими повелѣніями, издаваемыми въ порядкѣ законодательномъ и въ порядкѣ управленія, мы должны прежде всего констатировать, что сами основные законы отличаютъ законы отъ Высочайшихъ повелѣній, издаваемыхъ въ порядкѣ управленія. Такъ, въ ст. 53 осн. зак. говорится, что «*законы* издаются въ видѣ уложеній, уставовъ, учрежденій, грамотъ, положеній, наказовъ (инструкцій), манифестовъ, указовъ, мнѣній Государственнаго Совѣта и докладовъ, удостоенныхъ Высочайшаго утвержденія», а въ примѣчаніи къ этой статьѣ сказано: «*Высочайшія повелѣнія въ порядкѣ управленія* изъявляются сверхъ сего рескриптами и приказами».

Такое же разграниченіе встрѣчается и въ Высочайше утвержденномъ мнѣніи Государственнаго Совѣта отъ 5 Ноября 1885 г., (П. С. З. № 3261), касающемся вопроса о порядкѣ составленія новаго изданія Свода Законовъ; въ немъ сказано, между прочимъ, что «въ Сводъ Законовъ кромѣ *законовъ* (Высочайшихъ повелѣній за собственноручнымъ Его Императорскаго Величества подписаніемъ и Высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта) подлежатъ внесенію *Высочайшія повелѣнія, состоявшіяся въ порядкѣ управленія.*»

И такъ, наше законодательство несомнѣнно различаетъ Высочайшія повелѣнія, издаваемыя въ порядкѣ законодательномъ, и Высочайшія повелѣнія, издаваемыя къ порядкѣ управленія.

Какіе же отличительные признаки тѣхъ и другихъ?

с) Въ нашей литературѣ по этому вопросу существуетъ разногласіе между проф. Градовскимъ и Коркуновымъ.

Проф. Градовскій признаетъ отличительнымъ признакомъ закона *Высочайшую подпись*, ссылаясь съ одной стороны на ст. 54 осн. зак., въ которой говорится, что «новый законъ постановляется не иначе, какъ за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ», съ другой стороны, въ особенности на ст. 66 и 77; ст. 66 опредѣляетъ, что «никакой законъ, за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ изданный, не можетъ быть отмѣненъ указомъ объявленнымъ», и дальше перечисляетъ рядъ дѣлъ, по которымъ объявляемые указы не могутъ имѣть силы. Ст. 77 говоритъ, что «еслибъ предписаніемъ министра, содержащимъ въ себѣ объявленіе Высочайшаго повелѣнія, отмѣнялся законъ или учрежденіе, за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ изданные», тогда подлежащія мѣста и лица должны представить о семъ министру, а въ случаѣ подтвержденія имъ того же предписанія, обязаны передать его на окончательное разрѣшеніе въ Сенатъ.

Проф. Коркуновъ считаетъ, что отличительнымъ признакомъ закона служитъ у насъ предварительное обсужденіе предполагаемой мѣры въ Государственномъ Совѣтѣ, ссылаясь въ подтвержденіе этого на ст. 50 осн. зак., въ которой сказано, что «*всѣ* предначертанія законовъ разсматриваются въ Государственномъ Совѣтѣ, *потомъ* восходятъ на Высочайшее усмотрѣніе, и не иначе поступаютъ къ предназначенному имъ совершенію, какъ дѣйствіемъ Самодержавной Власти» *). Что

---

*) См. подробную мотивировку имъ своего взгляда въ книгѣ «Указъ и Законъ», стр. 325 и сл.

же касается Высочайшей подписи, то она съ одной стороны не всегда требуется, такъ какъ иногда мнѣнія Государственнаго Совѣта утверждаются Государемъ и въ словесной формѣ, а съ другой стороны ся недостаточно для признанія Высочайшаго повелѣнія закономъ.

d) Обращаясь къ критической оцѣнкѣ этихъ теорій, нельзя прежде всего не замѣтить, что признакъ, выдвигаемый Градовскимъ, несомнѣнно не имѣетъ рѣшающаго значенія. Въ этомъ отношеніи проф. Коркуновъ правъ, какъ онъ правъ и въ томъ, что «въ нашихъ основныхъ законахъ не различены достаточно опредѣленно постановленія, опредѣляющія различія законовъ и Высочайшихъ указовъ».

Но въ виду именно неясности основныхъ законовъ пріобрѣтаетъ особое значеніе вышеуказанное Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта отъ 5 Ноября 1885 года, въ силу котораго къ законамъ причисляются Высочайшія повелѣнія за собственноручнымъ Его Императорскаго Величества подписаніемъ и Высочайше утвержденныя мнѣнія Государственнаго Совѣта, конечно поскольку тѣми или другими устанавливаются юридическія нормы, и поскольку въ самомъ актѣ, изданномъ помимо государственнаго совѣта, *прямо* не выражено, что онъ не имѣетъ характеръ законодательнаго акта. Въ этомъ нельзя не усмотрѣть *автентическаго* толкованія понятія закона, т. е. толкованія, непосредственно исходящаго отъ Высочайшей Власти.

Такимъ образомъ, ни Высочайшая подпись, ни предварительное разсмотрѣніе законопроекта въ Государственномъ Совѣтѣ въ отдѣльности взятыя не исчерпываютъ понятія закона, а требуется *альтернативно* то *или* другое.

За всѣмъ тѣмъ нельзя не признать, что *нормальный порядокъ* изданія законовъ какъ по мысли законодателя, такъ и по установившейся практикѣ, заключается въ предварительномъ внесеніи законопроектовъ въ Государственный Совѣтъ; поднесеніе же законопроекта на Высочайшее утвержденіе помимо обсужденія его въ Государственномъ Совѣтѣ несомнѣнно имѣетъ характеръ *чрезвычайной* мѣры.

Подводя итоги сказанному, мы должны будемъ сказать, что Высочайшими указами, издаваемыми въ порядкѣ управленія, въ противоположность законамъ должны быть признаны: 1) указы, издан-

ные помимо Государственнаго Совѣта за собственноручнымъ подписаніемъ Его Величества, если въ нихъ *прямо* выражено, что они не имѣютъ характера законодательнаго акта; 2) всѣ остальные указы, изданные помимо Государственнаго Совѣта, разъ они утверждены Государемъ лишь въ словесной формѣ.

е) Въ заключеніе необходимо коснуться вопроса о *практическомъ* значеніи, которое имѣетъ указанное различіе между законами и Высочайшими указами, издаваемыми въ порядкѣ управленія.

Въ этомъ отношеніи ст. 66 осн. зак. постановляетъ, что никакой законъ, за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ изданный, не можетъ быть отмѣненъ указомъ объявленнымъ, и что объявленные указы не имѣютъ силы въ рядѣ спеціально перечисленныхъ случаевъ.

Засимъ, ст. 77 осн. зак. опредѣляетъ, что если объявленный министромъ Высочайшій указъ противорѣчитъ закону, то подчиненныя мѣста обязаны «*не чиня исполненія*, представить о семъ министру. Еслу же и засимъ представленіемъ предписаніе будетъ подтверждено въ той же силѣ, то начальство обязано случай сей представить Правительствующему Сенату на окончательное разсмотрѣніе».

Изъ приведенныхъ статей явствуетъ, что объявленные Высочайшіе указы, т. е. указы, изданные помимо Государственнаго Совѣта и утвержденные Государемъ лишь въ словесной формѣ, сами по себѣ имѣютъ силу лишь постолько, посколько они изданы въ *дополненіе*, но не въ отмѣну (полную или частичную) закона, при чемъ однако подчиненныя мѣста, замѣтивъ противорѣчіе такого указа съ закономъ, не имѣютъ права входить въ ближайшую оцѣнку силы его, а должны представить о семъ высшимъ мѣстамъ и лицамъ, т. е. министрамъ и Сенату; во всякомъ случаѣ до разъясненія этого вопроса они не должны приводить такой указъ въ исполненіе.

Ст. 77 однако непримѣнима къ новымъ судебнымъ установленіямъ, образованнымъ на основаніи судебныхъ уставовъ Императора Александра II, ибо имъ, по силѣ ст. 10 у. гр. суд. и ст. 13 у. уг. суд., воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или *противорѣчія* законовъ. Въ виду этого и руководствуясь ст. 66 осн. зак. означенныя судебныя мѣста обязаны въ случаѣ противорѣчія объявленнаго указа закону руководствоваться исключительно послѣднимъ.

Въ заключеніе нельзя не замѣтить, что тѣ же начала, которыя установлены въ ст. 66 и 77 осн. зак. по отношенію къ объявленнымъ указамъ, должны быть примѣнены по аналогіи и къ указамъ, удостоившимся Высочайшей подписи, разъ въ нихъ прямо выражено, что они не имѣютъ характера законодательныхъ актовъ.

f) Что касается наконецъ такъ наз. формальныхъ законовъ и Высочайшихъ указовъ, т. е. законовъ и указовъ, касающихся отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ, то степень обязательной силы ихъ опредѣляется ст. 66 п. 2, 67 и 70 осн. зак.

Ст. 70 гласитъ, что «Высочайшій указъ, *по частному дѣлу послѣдовавшій*, или особенно на какой либо родъ дѣлъ состоявшійся, по сему именно дѣлу или роду дѣлъ отмѣняетъ дѣйствіе законовъ общихъ».

Ст. 67 опредѣляетъ, что такіе указы по общему правилу не могутъ быть примѣняемы въ однородныхъ случаяхъ.

Наконецъ, ст. 66 п. 2 перечисляетъ рядъ частныхъ случаевъ, въ которыхъ такой указъ имѣетъ силу только, если онъ удостоенъ Высочайшей подписи.

2) Что касается отдѣльныхъ стадій изданія закона, то слѣдуетъ замѣтить прежде всего, что *право непосредственнаго законодательнаго почина* составляетъ прерогативу Верховной власти. Засимъ, вопросъ объ изданіи новаго закона можетъ быть оффиціально возбужденъ также Сенатомъ, Синодомъ и министрами, но только съ разрѣшенія Императора. Государственный Совѣтъ правомъ законодательнаго почина не пользуется. (Ст. 49 осн. зак.).

3) По изготовленіи законопроекта, онъ *по общему правилу* вносится въ Государственный Совѣтъ, гдѣ онъ сначала разсматривается въ одномъ изъ департаментовъ совѣта, а засимъ переходитъ въ общее собраніе, въ которомъ кромѣ лицъ, особо назначаемыхъ Высочайшей властью, засѣдаютъ на правахъ членовъ всѣ министры.

По разсмотрѣніи законопроекта въ Государственномъ Совѣтѣ, онъ представляется на Высочайшее благоусмотрѣніе. Государь можетъ утвердить или мнѣніе большинства, или мнѣніе меньшинства, или наконецъ положить свою собственную резолюцію.

Форма выраженія Высочайшей воли можетъ быть письменная или словесная: въ послѣднемъ случаѣ Монаршая воля объявляется совѣту его предсѣдателемъ.

4) Обнародованіе законовъ по силѣ ст. 57 осн. зак. совершается

чрезъ посредство Правительствующаго Сената по первому департаменту, который разсылаетъ законы въ присутственныя мѣста и кромѣ того печатаетъ ихъ во всеобщее свѣдѣніе въ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства.

Къ этому ст. 58 осн. зак. прибавляетъ, что «обнародованіе закона въ губерніи принадлежитъ токмо губернскому правленію и соотвѣтствующимъ ему мѣстамъ».

Соотношеніе обѣихъ статей возбуждаетъ основательное сомнѣніе.

Засимъ, что касается момента вступленія закона въ силу, то ст. 59 осн. зак. постановляетъ, что «Законъ получаетъ обязательную силу не прежде, какъ со дня его объявленія. Въ присутственныхъ мѣстахъ каждый законъ воспріемлетъ силу и долженъ быть прилагаемъ къ дѣламъ не прежде, какъ со дня полученія его въ томъ мѣстѣ, къ исполненію коего онъ подлежитъ».

Опять неясно, что значитъ «объявленіе закона»: требуется ли, чтобъ онъ былъ объявленъ данному присутственному мѣсту, т. е. совпадаетъ ли моментъ объявленія съ моментомъ полученія закона даннымъ мѣстомъ, или требуется предварительное обнародованіе его, для того, чтобы и частныя лица имѣли возможность ознакомиться съ нимъ.

Въ литературѣ и практикѣ установился взглядъ, что и для частныхъ лицъ законъ получаетъ силу съ того же времени, какъ и для присутственныхъ мѣстъ, т. е. со времени полученія его въ данномъ присутственномъ мѣстѣ и слѣд. фактически прежде его обнародованія «во всеобщее извѣстіе» *).

Независимо отъ этого неудобства подобный порядокъ имѣетъ еще и то, что для каждаго отдѣльнаго присутственнаго мѣста время вступленія закона въ дѣйствіе опредѣляется особо и потому можетъ быть различно.

§ 17. Сборники русскаго законодательства.

А) ОБЩІЕ СБОРНИКИ.

Въ настоящее время у насъ существуютъ три общихъ сборника нашего законодательства: Полное собраніе законовъ, Собраніе узаконеній и распоряженій правительства и Сводъ законовъ.

*) Ср. Коркуновъ, лекціи стр. 314.

Полное собраніе законовъ и Сводъ были первоначально составлены въ царствованіе Императора Николая I.

Ближайшимъ поводомъ къ изданію этихъ двухъ сборниковъ послужила крайняя разрозненность законодательнаго матерьяла, накопившагося со времени изданія Соборнаго Уложенія царя Алексѣя Михайловича 1649 г. Изданію этихъ сборниковъ предшествовалъ цѣлый рядъ попытокъ замѣнить Уложеніе 1649 г. новымъ; попытки эти начались еще при Петрѣ I, но ни одна изъ нихъ не увѣнчалась успѣхомъ. Эти неудачи побудили Императора Николая I отказаться отъ мысли объ изданіи новаго уложенія и ограничиться составленіемъ сборника дѣйствующихъ законовъ. Выполненіе этой задачи было возложено на Сперанскаго. Но прежде, чѣмъ приступить къ ней, необходимо было собрать и привести въ хронологическій порядокъ весь вообще законодательный матерьялъ, накопившійся за этотъ продолжительный періодъ времени. Съ этой цѣлью и было издано въ 1830 году Первое Полное Собраніе законовъ.

1) Первое полное собраніе законовъ обнимаетъ въ 45 томахъ всѣ законодательные акты, начиная съ Уложенія 1649 г. до 12 Декабря 1825 г., то есть до дня изданія перваго манифеста Николая I, всего 30,920 актовъ, размѣщенныхъ въ хронологическомъ порядкѣ и безъ всякихъ измѣненій.

Одновременно съ этимъ было приступлено къ составленію Втораго полнаго собранія законовъ, которое должно было обнимать вновь издаваемые законодательные акты, начиная съ перваго манифеста Николая I. Въ настоящее время и Второе полное собраніе закончено; оно состоитъ изъ 55 томовъ и обнимаетъ законодательные акты двухъ царствованій: Императоровъ Николая I и Александра II.

Съ тѣхъ поръ выходитъ Третье общее собраніе, обнимающее законы, начиная съ перваго манифеста Императора Александра III.

2) Съ 1863 г. наряду съ Полнымъ собраніемъ издается еще Собраніе узаконеній и распоряженій правительства, въ которомъ также печатаются всѣ вновь выходящіе законы, а сверхъ того извѣстныя категоріи министерскихъ распоряженій. При такихъ условіяхъ неоднократно возникалъ вопросъ, есть ли необходимость въ продолженіи Полнаго собранія законовъ,—вопросъ, который въ послѣдній разъ былъ возбужденъ въ 1882 г. и разрѣшенъ тогда въ утвердительномъ смыслѣ.

3) Въ отличіе отъ Полнаго Собранія законовъ и Собранія уза-

коненій и распоряженій правительства *Сводъ законовъ* былъ задуманъ какъ сборникъ, обнимающій *только тѣ законы, которые сохранили обязательную силу*. Притомъ, по первоначальному плану, легшему въ основаніе перваго изданія Свода 1832 г., отдѣльные законы включались въ него *не цѣликомъ, а въ извлеченіяхъ*, сдѣланныхъ въ формѣ отдѣльныхъ статей, подъ которыми дѣлались ссылки на узаконенія, послужившія основаніемъ для ихъ составленія; эти статьи расположены не въ хронологическомъ, а въ *систематическомъ порядкѣ*.

a) Работы по составленію Свода были начаты въ 1826 году; въ концѣ 1832 г., Сводъ, обнимавшій дѣйствующія узаконенія по 1 Января 1832 г., былъ напечатанъ и 19 Января 1833 г. внесенъ въ Государственный Совѣтъ; Манифестъ объ изданіи Свода помѣченъ 31 Января 1833 г. Онъ вступилъ въ силу съ 1 Января 1835 г. Оффиціально это первое изданіе Свода называется изданіемъ 1832 года.

b) Что касается системы свода, то она построена Сперанскимъ на слѣдующихъ началахъ.

Всѣ законы раздѣляются на *государственные* и *гражданскіе*.

aa) Государственные законы опредѣляютъ права и обязанности, вытекающія изъ государственнаго союза.

Въ составѣ ихъ различаются опять двѣ группы: 1) законы, опредѣляющіе *существо* государственнаго союза, и 2) законы, *охраняющіе* права, вытекающія изъ существа государственнаго союза.

Законы, опредѣляющіе существо государственнаго союза, въ свою очередь распадаются на a) *законы основные*, опредѣляющіе сущность верховой власти и порядокъ дѣйствія ея въ законодательствѣ и въ управленіи, b) *законы органическіе*, опредѣляющіе устройство органовъ, черезъ которые дѣйствуетъ верховная власть; c) *законы силъ правительственныхъ*, опредѣляющіе средства, при помощи которыхъ дѣйствуетъ власть (уставы о повинностяхъ и уставы казеннаго управленія), и наконецъ, d) *законы о состояніяхъ*, опредѣляющіе права и обязанности подданныхъ.

Законы, охраняющіе права и обязанности, вытекающія изъ сущности государственнаго союза, подраздѣляются на a) *законы предохранительные* или *уставъ благочинія*, и b) *законы уголовные*.

bb) Гражданскіе законы опредѣляютъ права и обязанности, вытекающія изъ союза семейственнаго и союза по имуществамъ. Од-

нако Сперанскій не счелъ удобнымъ распредѣлить соотвѣтствующія узаконенія по различію этихъ союзовъ, а вмѣсто того раздѣлилъ гражданскіе законы на *общіе* и *особенные*, съ наименованіемъ первыхъ просто *гражданскими законами*, а вторыхъ *законами государственнаго благоустройства или экономіи*.

Подъ первую категорію были подведены законы союзовъ семейственныхъ и общіе законы объ имуществахъ.

Подъ законы государственнаго благоустройства были подведены законы, касающіеся правъ въ имуществахъ въ особомъ ихъ отношеніи къ государственному и частному кредиту, къ торговлѣ, промышленности и т. д.

c) Слѣдуя указанной системѣ, Сперанскій расположилъ весь законодательный матерьялъ, вошедшій въ Сводъ, въ восьми главныхъ отдѣлахъ или частяхъ, обнимающихъ 15 томовъ, съ общей нумераціей статей для каждаго тома.

I. *Основные законы* (т. I ч. 1).

II. *Учрежденія*: центральныя, мѣстныя и уставы о службѣ государственной (т. I, ч. 2, т. II и III).

III. *Законы правительственныхъ силъ*: уставы о повинностяхъ, о податяхъ и пошлинахъ, таможенный, монетный, горный, о соли, лѣсной, оброчныхъ статей, арендныхъ и старостинскихъ имѣній (т. IV, V, VI, VII и VIII).

IV. *Законы о состояніяхъ* (т. IX).

V. *Законы гражданскіе и межевые* (т. X).

VI. *Уставы государственнаго благоустройства*: кредитный, торговый, о промышленности, уставы путей сообщенія, строительный, пожарный, о городскомъ и сельскомъ хозяйствѣ, о благоустройствѣ въ казенныхъ селеніяхъ и о колоніяхъ иностранцевъ въ Имперіи, (т. XI и XII).

VII. *Уставы благочинія* (*законы полиціи*): уставъ о народномъ продовольствіи, объ общественномъ призрѣніи и врачебный; уставы о паспортахъ и бѣглыхъ, о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій, о содержащихся подъ стражею, о ссыльныхъ (т. XIII и XIV).

VIII. *Законы уголовные* (т. XV).

d) Не вошли въ Сводъ: 1) мѣстные законы; 2) узаконенія, относящіяся къ народному просвѣщенію и управленію духовныхъ дѣлъ; 3) законы, касающіеся государственнаго контроля, управленія нѣкоторыхъ частей придворнаго вѣдомства и благотворительныхъ

учрежденій, состоящихъ подъ особымъ вѣдѣніемъ Государя или членовъ Императорскаго дома; 4) узаконенія военныя и морскія.

4) Сводъ какъ сборникъ текущаго законодательства конечно нуждается отъ времени до времени въ пересмотрѣ, для того, чтобы сохранилось соотвѣтствіе его съ современнымъ состояніемъ законодательства. Для этого служатъ двѣ мѣры: составленіе отъ времени до времени *новыхъ изданій* Свода и постоянное составленіе къ нему *продолженій.*

а) Первое изданіе Свода, какъ уже было замѣчено, именуется изданіемъ 1832 г.; въ 1833 и 1835 году явились двѣ перепечатки его.

Первое полное переизданіе Свода состоялось въ 1842 г., второе въ 1857 г. Съ тѣхъ поръ появился рядъ новыхъ изданій отдѣльныхъ томовъ Свода, которыя однако даже въ совокупности своей не вполнѣ замѣнили собою изданіе 1857 г., которое въ нѣкоторыхъ частяхъ своихъ (съ соотвѣтствующими продолженіями) дѣйствуетъ и по настоящее время.

Что касается особенностей новыхъ изданій (полныхъ 1842 и 1857 г. и изданій отдѣльныхъ томовъ позднѣйшихъ лѣтъ), то надо замѣтить, что уже при изданіи 1842 г. пришлось допустить довольно существенныя отступленія отъ системы, принятой Сперанскимъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, взамѣнъ принятой въ первомъ изданіи общей нумераціи статей для каждаго тома, въ изданіи 1842 г. и въ послѣдующихъ отдѣльнымъ учрежденіямъ и уставамъ, входящимъ въ составъ одного и того же тома, была присвоена каждому особая нумерація: это дало возможность включать цѣликомъ новыя обширныя узаконенія, сохраняя и ихъ систему.

Въ результатѣ всего этого совершенно утратилось первоначально внѣшнее единство и цѣлостность свода. «Наряду съ томами, дѣйствующими и по сіе время въ изданіи 1857 г., въ изданіи, предшествовавшемъ всѣмъ важнѣйшимъ реформамъ Императора Александра II, имѣются томы изданія 1892 и 1893 годовъ, составленнаго въ такое время, когда реформы эти уже подверглись значительнымъ передѣлкамъ. Нашъ Сводъ никогда не имѣлъ внутренняго единства, единства содержанія. Теперь онъ потерялъ и внѣшнее единство, пересталъ быть произведеніемъ одной руки и даже одного историческаго момента. Онъ не даетъ, въ настоящемъ своемъ видѣ, изображенія законодательства въ одинъ опредѣленный моментъ его историческаго развитія». (Коркуновъ, лекціи стр. 324).

Въ настоящее время измѣнилось и число томовъ, вмѣсто 15—теперь ихъ 16. Это объясняется тѣмъ, что въ первоначальной системѣ Свода не было отведено особаго мѣста узаконеніямъ по судоустройству и судопроизводству, каковыя теперь образуютъ собою 16-й томъ.

Засимъ, узаконенія по нѣкоторымъ отраслямъ законодательства, не вошедшія въ первое изданіе Свода, въ настоящее время включены въ него, какъ то: уставы иностранныхъ исповѣданій.

b) Такъ какъ послѣдовательныя изданія Свода отдѣляются другъ отъ друга болѣе или менѣе значительными промежутками времени, то въ дополненіе къ отдѣльнымъ томамъ издаются ежегодно, а то и чаще *продолженія*, которыя, не воспроизводя всего содержанія даннаго тома, содержатъ только послѣдовавшія вновь измѣненія.

Продолженія бываютъ *очередныя* и *сводныя*. Первыя обнимаютъ лишь узаконенія, вышедшія со времени предшествующаго Продолженія, вторыя—всѣ узаконенія со времени послѣдняго изданія даннаго тома Свода.

c) И такъ, въ настоящее время Сводъ состоитъ изъ 16 томовъ разновременнаго изданія: есть томы изд. 1857 г., 1876 г., 1885 г., 1886 г., 1887 г., 1890 г., 1892 г., 1893 г. Нѣкоторые томы имѣютъ по двѣ части, а къ IX тому имѣется особое приложеніе, содержащее въ себѣ положеніе о крестьянахъ.

Въ частности, главное содержаніе I тома составляютъ основные законы (ч. 1) и учрежденія центральныхъ органовъ управленія—государственнаго совѣта, совѣта и комитета министровъ, сената и министерствъ (ч. 2).

Во II томѣ содержатся общее губернское учрежденіе, положеніе о земскихъ учрежденіяхъ и городовое положеніе и рядъ особыхъ мѣстныхъ учрежденій, какъ то учрежденіе Кавказскаго края, Туркестанскаго края и т. д., а также положеніе объ инородцахъ.

Въ III томѣ—уставъ о службѣ и нѣкоторыя дополнительныя къ нему узаконенія.

Въ IV томѣ—уставъ о воинской повинности и о земскихъ повинностяхъ.

Въ V томѣ—уставъ о прямыхъ налогахъ, о пошлинахъ, объ акцизныхъ сборахъ.

Въ VI томѣ—уставъ таможенный.

Въ VII томѣ—уставы монетный и горный.

Въ VIII томѣ—уставъ лѣсной и уставы казенныхъ управленій.

Въ IX томѣ—законы о состояніяхъ, съ особымъ приложеніемъ къ IX тому, содержащимъ положеніе о крестьянахъ.

Въ X т. ч. 1—Сводъ законовъ гражданскихъ и положеніе о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ; ч. 2—законы межевые.

Въ XI т. ч. 1—уставъ духовныхъ дѣлъ иностранныхъ исповѣданій и сводъ уставовъ ученыхъ и учебныхъ заведеній вѣдомства министерства народнаго просвѣщенія; ч. 2—уставы кредитный, о векселяхъ, торговый, судопроизводства торговаго, консульскій и о промышленности.

Въ XII т. ч. 1—уставъ путей сообщенія, желѣзнодорожный. почтовый, телеграфный, строительный; ч. 2—уставъ сельскаго хозяйства и нѣкоторые другіе, близко соприкасающіеся съ нимъ.

Въ XIII томѣ—уставы о народномъ продовольствіи, общественномъ призрѣніи и врачебный.

Въ XIV томѣ—уставы о паспортахъ и бѣглыхъ, о цензурѣ, о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій, о содержащихся подъ стражей и ссыльныхъ.

Въ XV томѣ—уложеніе о наказаніяхъ и уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями.

Въ XVI томѣ ч. 1—судебные уставы; ч. 2—учрежденіе мѣстныхъ судебныхъ установленій прежняго устройства и нѣкоторые другіе судопроизводственные законы.

5) Намъ остается сказать еще два слова о силѣ и значеніи Свода *).

Въ нашей литературѣ было высказано мнѣніе, что Своду при самомъ выходѣ его въ свѣтъ было присвоено значеніе новаго закона и что имъ поэтому отмѣнены всѣ прежніе законы. Таковъ взглядъ проф. Цитовича.

Проф. Коркуновъ напротивъ утверждаетъ, что Сводъ представляетъ собою только новую форму изложенія законовъ, сохраняющихъ всю свою силу, а потому «статьи Свода придется признавать имѣющими обязательную силу лишь настолько, насколько онѣ дѣйствительно воспроизводятъ содержаніе узаконеній, на которыхъ основаны».

---

*) Ср. Коркуновъ, значеніе Свода законовъ, въ журналѣ Мин. Нар. Просвѣщ. за сентябрь 1894 г.

Съ этимъ нельзя не согласиться. Во-первыхъ, самая задача составленія Свода заключалась и заключается лишь въ томъ, чтобы собрать дѣйствующее законодательство, ни въ чемъ его не измѣняя. Во-вторыхъ, въ Манифестѣ 31 Января 1833 г., которымъ было возвѣщено о первомъ изданіи Свода, въ п. 4 прямо сказано, что «какъ Сводъ Законовъ *ничего не измѣняетъ* въ силѣ и дѣйствіи ихъ, (т. е. прежнихъ законовъ), но приводитъ ихъ только въ единообразіе и порядокъ, то, какъ въ случаѣ неясности самого закона въ существѣ его, такъ и въ случаѣ недостатка или неясности его, порядокъ поясненія и дополненія остается тотъ же, какой существовалъ донынѣ». Въ третьихъ, въ (необнародованномъ) Высочайше утвержденномъ мнѣніи Государственнаго Совѣта 30 Января 1836 г. предписывается: каждый разъ когда къ министру юстиціи дойдетъ свѣдѣніе, что при производствѣ какого либо дѣла открылось затрудненіе въ томъ, что какой либо дѣйствующій законъ не помѣщенъ въ Сводѣ, или помѣщенъ не въ полномъ его смыслѣ, министръ юстиціи, разсмотрѣвъ встрѣтившійся случай, если найдетъ его уважительнымъ, входитъ въ сношеніе со II Отдѣленіемъ Собственной Е. И. В. Канцеляріи (на которое въ то время была возложена кодификаціонная часть) и вслѣдствіе того, по обоюдному соглашенію, помѣщается въ продолженіе Свода надлежащее дополненіе или поясненіе; въ случаѣ же несогласія, дѣло представляется на уваженіе Государственнаго Совѣта.

Съ другой стороны, учрежденіе, завѣдывающее дѣломъ составленія новыхъ изданій Свода и Продолженій къ нему, никогда не было облечено законодательными функціями. Первоначально кодификаціонная часть была ввѣрена II Отдѣленію Собственной Е. И. В. канцеляріи, которое въ 1882 г. было преобразовано въ кодификаціонный отдѣлъ при Государственномъ Совѣтѣ. Въ 1893 г. кодификаціонный отдѣлъ былъ упраздненъ и кодификаціонная часть передана въ государственную канцелярію, въ составѣ которой съ 1894 г. было образовано особое Отдѣленіе Свода Законовъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ было постановлено, что государственный секретарь входитъ съ представленіями въ Государственный Совѣтъ между прочимъ въ томъ случаѣ, когда, при изготовленіи новаго изданія свода законовъ или какой либо его части, окажется необходимымъ сдѣлать столь существенныя, противъ прежняго изданія, измѣненія въ расположеніи или изложеніи узаконеній, что *отъ сего могло бы измѣниться зна-*

ченіе закона. (Высочайше утв. М. Г. С. 27 Декабря 1893 г., п. 3, а).

Отсюда ясно, что вопросы законодательнаго свойства не могутъ быть *разрѣшаемы* въ кодификаціонномъ порядкѣ: они только могутъ быть возбуждаемы этимъ порядкомъ.

Съ изложенными соображеніями вполнѣ согласуется и судебная практика, которая съ одной стороны не признаетъ законодательнаго значенія за очевидными ошибками кодификаціи, а съ другой стороны примѣняетъ подлежащія статьи Свода и продолженій и къ дѣламъ, возникшимъ *до* ихъ обнародованія, если только онѣ возникли послѣ вступленія въ дѣйствіе законовъ, послужившихъ источникомъ соотвѣтствующихъ статей. А послѣднее конечно было бы немыслимо, еслибы она смотрѣла на каждое новое изданіе Свода и на каждое продолженіе какъ на новый законъ, такъ какъ законъ обратной силы не имѣетъ.

§ 18. **Продолженіе. Особые и мѣстные сборники.**

Мы уже замѣтили, что при первоначальномъ составленіи Свода узаконенія по нѣкоторымъ отраслямъ законодательства не были включены въ него. Въ послѣдующихъ изданіяхъ Свода его содержаніе нѣсколько увеличилось, но и за всѣмъ тѣмъ онъ далеко не обнимаетъ всего дѣйствующаго у насъ права.

Для нѣкоторыхъ отраслей законодательства, не вошедшихъ въ Сводъ, были составлены особые сборники.

1) Такъ, въ настоящее время существуютъ особые Своды законовъ военныхъ и морскихъ.

а) Сводъ военныхъ постановленій впервые былъ составленъ въ 1838 г. Онъ состоялъ изъ пяти частей и 15 книгъ, размѣщенныхъ въ 12 томахъ.

Первая часть (т. I—IV) обнимаетъ образованіе военныхъ учрежденій.

Вторая (т. V и VI)—уставъ о службѣ по военному вѣдомству.

Третья (т. VII)—наказъ войскамъ.

Четвертая (т. VIII—XI)—уставъ хозяйственный.

Пятая (т. XII)—уставъ военноуголовный.

Въ 1859 г. вышло новое изданіе Свода по той же системѣ.

Въ 1869 г. было приступлено къ третьему изданію Свода, но уже по измѣненной системѣ. Новое изданіе состоитъ изъ шести

частей: 1) военныя управленія, 2) войска регулярныя, 3) войска иррегулярныя, 4) военныя заведенія (интендантскія, артиллерійскія, инженерныя, военно-учебныя, военно-врачебныя и военно-тюремныя), 5) военное хозяйство; 6) уставы военно-уголовный, дисциплинарный и военно-судебный.

Составленіе этого Свода еще не окончено. Вполнѣ изданы лишь первая, четвертая и шестая часть.

b) Сводъ морскихъ постановленій 1886 г. состоитъ изъ 18 книгъ. Въ I книгѣ—общее образованіе управленія морскимъ вѣдомствомъ; во II кн.—экипажи и команда, во III—VII книгѣ—учебныя, врачебныя, техническія, гидрографическія, тюремныя заведенія; въ VIII—IX кн.—прохожденіе службы, награды, пособія и мѣры призрѣнія; въ X кн.—морской уставъ; въ XI кн.—портовый уставъ; въ XII—XV кн.—постановленія по хозяйственной и счетной части; въ XVI—XVIII книгахъ—военно-морской уставъ о наказаніяхъ, дисциплинарный и судебный уставъ.

2) Далѣе существуетъ Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній прибалтійскихъ въ трехъ частяхъ: 1) узаконенія о правахъ состоянія, 2) о мѣстныхъ учрежденіяхъ, и 3) гражданскіе законы.

Первыя двѣ части были изданы въ 1845 г. Въ настоящее время многія изъ относящихся сюда постановленій утратили силу.

Третья часть, обнимающая мѣстные гражданскіе законы, была издана въ 1864 году.

Первоначально предполагалось издать еще четвертую и пятую часть мѣстныхъ узаконеній, куда должны были войти мѣстныя узаконенія по гражданскому и уголовному процессу. Эта мысль въ свое время не была приведена въ исполненіе. Въ настоящее время въ Прибалтійскомъ краѣ дѣйствуютъ судебные уставы Императора Александра II, съ нѣкоторыми впрочемъ измѣненіями.

3) Въ губерніяхъ бывшаго Царства Польскаго дѣйствуетъ введенный тамъ въ 1808 г. французскій гражданскій кодексъ съ нѣкоторыми измѣненіями, касающимися главнымъ образомъ постановленій о союзѣ брачномъ.

4) Наконецъ, въ Великомъ княжествѣ Финляндскомъ дѣйствуетъ совершенно особое законодательство, основаніемъ котораго служитъ до сихъ поръ шведское уложеніе 1734 года. Въ изданіи новыхъ законовъ участвуетъ особый законодательный органъ—финляндскій сеймъ.

ГЛАВА II.

Элементы и главныя подраздѣленія юридическихъ нормъ.

§ 19. Элементы юридическихъ нормъ.

1) Каждая юридическая норма представляетъ собою *условное велѣніе,* которое можетъ быть сведено къ формѣ: *если—то.*

Соотвѣтственно съ этимъ въ составѣ каждой юридической нормы надо различать *два элемента:* гипотезу или предположеніе и диспозицію или распоряженіе.

Гипотеза или предположеніе опредѣляетъ условія примѣненія даннаго правила.

Диспозиція или распоряженіе излагаетъ содержаніе правила.

Такъ напр., ст. 1685 т. X ч. 1 св. зак. гр. гласитъ: «*если* условившіеся о продажѣ пожелаютъ, по какой либо причинѣ, до совершенія купчей или формальной запродажной записи, обезпечить свое предварительное условіе задаткомъ, *то* получившій оный, въ удостовѣреніе сего, долженъ выдать покупщику росписку».

Изъ сказаннаго не слѣдуетъ впрочемъ, чтобы каждая статья закона непремѣнно заключала въ себѣ эти два элемента. Норма можетъ быть выражена нѣсколькими статьями, и тогда гипотеза можетъ заключаться въ одной статьѣ, а диспозиція-въ другой.

Такъ напр., ст, 37 т. X ч. 1 св. законовъ опредѣляетъ, какіе браки не признаются законными и дѣйствительными, а ст. 38 и сл. опредѣляютъ послѣдствія признанія брака недѣйствительнымъ.

Въ связи съ этимъ необходимо еще отмѣтить, что съ редакціонной стороны нормы нерѣдко излагаются не въ условной, а въ безусловной формѣ.

Такъ напр., ст. 1044 т. X ч. 1 св. зак. говоритъ: «Завѣщаніе, внесенное на храненіе нотаріусу, *выдается* по востребованіи обратно завѣщателю».

2) Что касается гипотезы, въ частности, то она можетъ быть выражена въ общей, *абстрактной*, или въ конкретной, *казуистической* формѣ.

а) Различіе это основывается на томъ, что фактическія обстоя-

тельства, отъ которыхъ зависитъ примѣненіе нормъ, могутъ быть опредѣлены или общими, родовыми признаками, или спеціальными, видовыми признаками.

Практически это различіе имѣетъ то значеніе, что чѣмъ болѣе казуистическій характеръ носитъ гипотеза, тѣмъ меньше число случаевъ, къ которымъ примѣнима соотвѣтствующая диспозиція. Напротивъ, чѣмъ болѣе отвлеченнымъ характеромъ обладаетъ первая, тѣмъ больше число случаевъ могутъ быть подведены подъ вторую.

Отсюда такое послѣдствіе: чѣмъ болѣе казуистическій характеръ носятъ постановленія данной правовой системы, тѣмъ больше должно быть число этихъ постановленій для того, чтобы была достигнута относительная *полнота* системы. Въ противномъ случаѣ многія важныя отношенія окажутся внѣ законной защиты.

Это конечно большое неудобство. Съ этой точки зрѣнія абстрактная форма гипотезъ стоитъ гораздо выше, ибо она гарантируетъ при меньшемъ числѣ нормъ большую полноту и внутреннее единство системы.

Но и абстрактная форма имѣетъ свои неудобства, если она выдвигаетъ слишкомъ общіе и потому неопредѣленные признаки, ибо въ такомъ случаѣ возникаетъ сомнѣніе по вопросу о томъ, гдѣ же *предѣлъ* примѣненія данной нормы (такъ наз. *объективная неопредѣленность гипотезы*).

Найти золотую середину между этими двумя крайностями, установить существенные и достаточно опредѣленные родовые признаки примѣненія даннаго правила, выдѣлить всѣ несущественные, видовые признаки отдѣльныхъ группъ случаевъ, подавшихъ поводъ къ изданію его, требуетъ большаго искусства и основательнаго знакомства съ теоріей и жизнью. Естественно, что оно пріобрѣтается не сразу, и что въ исторической послѣдовательности казуистическая форма гипотезъ предшествуетъ абстрактной.

Въ заключеніе, приведемъ нѣсколько примѣровъ въ поясненіе сказаннаго.

Примѣромъ чрезмѣрно казуистической формы гипотезы можетъ послужить ст. 702 т. X ч. 1 Св. зак., которая опредѣляетъ принужденіе слѣдующимъ образомъ: «Принужденіе бываетъ, когда кто либо, *бывъ захваченъ во власть другаго*, принуждается къ отчужденію имущества или ко вступленію въ обязательства насильственно, страхомъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть

его лицо или имущество». Понятіе припужденія въ этой статьѣ чрезвычайно съуживается, благодаря тому, что выдвигается совершенно случайный, побочный признакъ, именно — захватъ во власть другаго, каковой моментъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ отсутствуетъ.

Примѣромъ чрезмѣрно абстрактной формы гипотезы можетъ послужить ст. 1529 т. X ч. 1, въ силу п. 5 которой договоръ между прочимъ признается недѣйствительнымъ, когда онъ клонится *ко вреду государственной казны.*

b) Неопредѣленность гипотезы можетъ быть не только результатомъ чрезмѣрной абстрактности ея (объективная неопредѣленность гипотезы), она можетъ имѣть и другую причину (субъективная неопредѣленность гипотезы).

Дѣло въ томъ, что примѣненіе даннаго правила можетъ быть обусловлено либо исключительно наличностью извѣстныхъ объективныхъ (съ точки зрѣнія органа, призваннаго примѣнять правило) фактовъ, либо зависѣть частью отъ нихъ, частью отъ усмотрѣнія органа, призваннаго примѣнять правило, либо исключительно отъ усмотрѣнія этого органа, или, какъ говорятъ обыкновенно, отъ *дискреціонной власти* его.

Соотвѣтственно съ этимъ различаютъ гипотезы *безусловно опредѣленныя, относительно опредѣленныя и абсолютно неопредѣленныя.* Конечно, опредѣленность и неопредѣленность въ этомъ субъективномъ смыслѣ необходимо строго отличать отъ объективной опредѣленности или неопредѣленности гипотезъ.

Такъ, объективно опредѣленная гипотеза можетъ быть субъективно неопредѣленной, и наоборотъ, объективно неопредѣленная гипотеза можетъ быть субъективно вполнѣ опредѣленная.

Такъ напр., постановленіе ст. 1529 п. 5 т. X ч. 1, въ силу котораго договоръ признается недѣйствительнымъ, если онъ клонится ко вреду казны, представляетъ одновременно примѣръ объективно-неопредѣленной и субъективно вполнѣ опредѣленной гипотезы, такъ какъ затрудненіе заключается лишь въ томъ, что̀ понимать въ данномъ случаѣ подъ вредомъ казны; но разъ судъ констатируетъ, что данный договоръ клонится ко вреду казны, онъ *безусловно* обязанъ признать его недѣйствительнымъ.

Вообще, всѣ приведенныя выше статьи представляютъ собою примѣры нормъ съ безусловно опредѣленными въ субъективномъ смыслѣ гипотезами.

Примѣромъ нормы съ относительно опредѣленной гипотезой можетъ служить ст. 156 учр. суд. уст.: «*Въ крайнихъ случаяхъ, когда невозможно различить виновныхъ* въ произведенномъ въ судебномъ засѣдапіи безпорядкѣ, предсѣдатель или первоприсутствующій, *при безуспѣшности сдѣланнаго имъ внушенія. можетъ* выслать изъ залы засѣданія всѣхъ постороннихъ». Приведенная статья ставитъ высылку всѣхъ постороннихъ лицъ изъ залы засѣданія въ зависимость во-1-хъ отъ извѣстныхъ объективныхъ фактовъ (невозможности различить виновныхъ и безуспѣшности внушенія) и во-2-хъ отъ усмотрѣнія предсѣдателя (слова «въ крайнихъ случаяхъ—можетъ»).

Примѣромъ абсолютно неопредѣленной гипотезы можетъ служить ст. 12 т. IX Св. зак., въ силу которой, по приведеніи приговора въ законную силу, помилованіе преступника и возстановленіе правъ состоянія, потерянныхъ преступленіемъ, зависитъ единственно отъ усмотрѣнія верховной власти.

Вообще, надо замѣтить, что нормы съ безусловно или относительно неопредѣленной гипотезой чаще всего встрѣчаются въ административномъ правѣ, а также въ правѣ процессуальномъ.

3) Обращаясь ко второму элементу юридическихъ нормъ, къ диспозиціи, мы должны замѣтить, что въ зависимости отъ большей или меньшей опредѣленности *содержанія* того правила, которое ею устанавливается, она можетъ быть *абсолютно-опредѣленная*, *абсолютно-неопредѣленная* и *относительно опредѣленная.*

Абсолютно опредѣленная диспозиція точно указываетъ, какъ слѣдуетъ поступать при наличности указанныхъ въ гипотезѣ фактовъ. Примѣромъ нормы съ абсолютно опредѣленной диспозиціей можетъ служить вышеприведенная ст. 77 осн. зак.

Абсолютно неопредѣленная диспозиція предоставляетъ опредѣленіе содержанія подлежащаго примѣненію правила всецѣло усмотрѣнію подлежащихъ органовъ власти.

Такъ напр., законъ можетъ предоставить администраціи, на случай народныхъ возмущеній, принять *всѣ* необходимыя мѣры для возстановленія тишины и спокойствія, не опредѣляя именно, какія это мѣры, а предоставляя это усмотрѣнію подлежащихъ органовъ.

Наконецъ, относительно опредѣленная диспозиція бываетъ двухъ родовъ: иногда устанавливаются *крайніе предѣлы*, которыми ограничивается дискреціонная власть подлежащихъ органовъ, напр.

устанавливается максимумъ и минимумъ, или только максимумъ подлежащаго взысканію штрафа; въ другихъ случаяхъ подлежащимъ органамъ предоставляется *на выборъ* прибѣгнуть къ той или другой мѣрѣ. напр. суду предоставляется назначить либо арестъ, либо денежный штрафъ.

Въ заключеніе слѣдуетъ замѣтить, что опредѣленность или неопредѣленность диспозиціи не слѣдуетъ смѣшивать съ (субъективной) опредѣленностью или неопредѣленностью гипотезы. Въ первомъ случаѣ рѣчь идетъ о *содержаніи* подлежащаго примѣненію правила, во второмъ объ *условіяхъ примѣненія* правила. Конечно, бываютъ случаи, когда одновременно имѣются на лицо какъ неопредѣленная гипотеза, такъ и неопредѣленная диспозиція. Но это вовсе не необходимо. Такъ напр., вышеприведенная ст. 156 учр. суд. уст., обладая субъективно неопредѣленной гипотезой, вмѣстѣ съ тѣмъ содержитъ вполнѣ опредѣленную диспозицію (предсѣдатель можетъ *выслать* изъ залы засѣданія всѣхъ постороннихъ).

4) Намъ остается сдѣлать еще одно замѣчаніе. Всякая норма непремѣнно состоитъ изъ гипотезы и диспозиціи. Это общее правило распространяется и на уголовные законы. Однако, элементамъ уголовно-правовыхъ нормъ обыкновенно присвоиваются другія названія: вмѣсто гипотезы и диспозиціи въ примѣненіи къ нимъ говорятъ о *диспозиціи и санкціи.*

Другими словами, въ примѣненіи къ уголовнымъ законамъ диспозиціей называется та часть нормы, въ которой указываются условія примѣненія устанавливаемаго ею правила, а санкціей—та часть нормы, въ которой излагается самое содержаніе этого правила.

Чѣмъ же объясняется эта особая терминологія? На это нужно дать такой отвѣтъ: норма уголовная, какъ карательная, предполагаетъ нарушеніе какой нибудь другой нормы, издается въ охрану ея. Такъ напр. уголовная норма, гласящая: если кто нибудь убьетъ другаго, то онъ за это подвергается такому то наказанію, предполагаетъ существованіе другой нормы, запрещающей совершать убійства. Однако, въ современномъ законодательствѣ обыкновенно нѣтъ особыхъ постановленій, устанавливающихъ запрещеніе преступныхъ дѣяній, судятъ же о запрещенности дѣянія лишь на основаніи его наказуемости. «Потому, говоритъ проф. Коркуновъ, первая часть уголовнаго закона, кромѣ опредѣленія условій примѣненія наказанія, указаннаго во второй части, содержитъ въ себѣ

еще, такъ сказать, и диспозицію другой нормы,—нормы, установляющей запрещеніе преступнаго дѣянія. Вотъ почему криминалисты называютъ обыкновенно первую часть уголовнаго закона—диспозиціей. Что касается второй части уголовныхъ законовъ, то ее обыкновенно называютъ санкціей. Это потому, что устанавляемое наказаніе есть санкція дѣйствительнаго соблюденія какой нибудь другой нормы, такъ какъ непремѣннымъ условіемъ примѣненія наказанія служитъ наличность нарушенія права».

§ 20. Основное дѣленіе юридическихъ нормъ: нормы частноправныя и публичноправныя.

Основнымъ дѣленіемъ юридическихъ нормъ считается со временъ римскихъ юристовъ дѣленіе ихъ на нормы частноправныя и публичноправныя. Иначе, все объективное право подраздѣляется на право частное и право публичное.

Въ чемъ же заключается основаніе этого дѣленія, какими признаками отличается частное право отъ публичнаго?

На это давались и даются весьма различные отвѣты.

1) Римскіе юристы (и въ частности знаменитый юристъ Ульпіанъ, жившій при Императорѣ Александрѣ Северѣ въ III в. нашей эры) сводили различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ къ двумъ признакамъ: къ *различію субъектовъ*, въ интересахъ которыхъ устанавливаются юридическія нормы, и къ *различію* самихъ *интересовъ*, охраняемыхъ этими нормами.

Именно, юристъ Ульпіанъ говоритъ: «публичное право есть право, регулирующее юридическое положеніе самаго римскаго государства, а частное право—право, имѣющее въ виду интересы отдѣльныхъ лицъ; дѣло въ томъ, что бываютъ интересы общіе и частные».

Итакъ, къ публичному праву должны быть отнесены нормы, охраняющія *общіе* интересы, которые отождествляются съ интересами государства, а къ частному праву—нормы, охраняющія *частные*, индивидуальные интересы, которые совпадаютъ съ интересами отдѣльныхъ недѣлимыхъ.

Такое разграниченіе частнаго и публичнаго права для своего времени могло считаться удовлетворительнымъ; по крайней мѣрѣ одинъ изъ признаковъ, на которыхъ оно построено,—различіе нормъ

по субъекту охраняемыхъ отношеній,—отличается вполнѣ опредѣленнымъ характеромъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ Ульпіанъ имѣлъ полное основаніе противополагать нормы, охраняющія государственные интересы, нормамъ, охраняющимъ интересы отдѣльныхъ недѣлимыхъ, такъ какъ въ его время еще не проводилось то рѣзкое разграниченіе между государствомъ въ смыслѣ политическаго союза и государствомъ въ смыслѣ субъекта имущественныхъ отношеній, которое проводится нынѣ и въ теоріи и на практикѣ. Въ то время имущественныя отношенія, въ которыхъ одной изъ договаривающихся сторонъ выступало государство, регулировались особыми нормами, отличающимися отъ нормъ, регулирующихъ имущественныя отношенія между частными лицами; вмѣстѣ съ тѣмъ споры, возникающіе изъ подобныхъ отношеній, не были подвѣдомственны гражданскимъ судамъ, а разрѣшались (по крайней мѣрѣ по общему правилу) административнымъ порядкомъ.

Все это теперь измѣнилось. Теперь государство въ области имущественныхъ отношеній подчинено дѣйствію тѣхъ же нормъ, какія регулируютъ и имущественныя отношенія частныхъ лицъ, и споры, возникающіе между государствомъ и частными контрагентами (напр. по казеннымъ подрядамъ, поставкамъ и т. д.) вѣдаются общими гражданскими судами.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ пришлось конечно отказаться отъ мысли основывать различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ на различіи субъектовъ охраняемыхъ отношеній. Остался еще второй признакъ, указываемый Ульпіаномъ, именно различіе между общими и частными интересами.

2) На этомъ признакѣ многіе и остановились. Къ нормамъ публичнаго права относятъ нормы, охраняющія *общіе* интересы, къ нормамъ частнаго права—нормы, охраняющія *частные* интересы. Такъ, еще въ новѣйшее время подобный взглядъ защищается Брунсомъ, Нейнеромъ и др.

Нельзя однако не замѣтить, что указанное разграниченіе публичнаго и частнаго права страдаетъ крайней *неопредѣленностью*. Гдѣ кончается общій и гдѣ начинается частный интересъ,—это остается неразрѣшимой загадкой.

Разрѣшеніе этого вопроса нисколько не облегчается и въ томъ случаѣ, когда мы вмѣсто общихъ и частныхъ интересовъ будемъ различать интересы болѣе или менѣе общіе, какъ это предлагаютъ

дѣлать нѣкоторые ученые. Проф. Коркуновъ совершенно вѣрно замѣчаетъ по этому поводу, что «нельзя сказать, чтобы публичное право касалось всегда болѣе общихъ, частное—менѣе общихъ интересовъ. Неисправность подрядчика арміи во время войны, могущая имѣть своимъ послѣдствіемъ голодъ арміи и въ результатѣ неудачу всей кампаніи или, по крайней мѣрѣ, задержку операцій, представляетъ гораздо болѣе общій интересъ, нежели выборы гласнаго въ городскую думу. Тѣмъ не менѣе подрядъ есть отношеніе частно-гражданское, а отношеніе по выборамъ—публичное».

3) Возраженія, которыя были сдѣланы только что изложенной теоріи, относятся и къ попыткамъ нѣкоторыхъ ученыхъ свести различіе между частнымъ и публичнымъ правамъ къ различію *цѣлей*, преслѣдуемыхъ тѣмъ и другимъ.

Наиболѣе видными представителями этого направленія являются Савиньи и Аренсъ.

Савиньи говоритъ: «въ публичномъ правѣ цѣлое является цѣлью, отдѣльный индивидъ играетъ лишь подчиненную роль, тогда какъ въ частномъ правѣ человѣкъ самъ является цѣлью, а юридическія отношенія лишь средствами». Другими словами, въ сферѣ публичнаго права цѣлое является цѣлью, а отдѣльный индивидъ лишь средствомъ; въ сферѣ частнаго права, наоборотъ, человѣкъ является цѣлью, а цѣлое—средствомъ.

Но что такое это таинственное „цѣлое“, являющееся то цѣлью, то средствомъ?

Очевидно—не государство, ибо по крайней мѣрѣ современное государство въ сферѣ имущественныхъ отношеній является субъектомъ частныхъ, а не публичныхъ правъ. Но если это цѣлое не есть государство, то что оно такое? На это Савиньи не даетъ отвѣта.

Большей теоретической законченностью отличается взглядъ Аренса. Онъ исходитъ изъ того предположенія, что какъ отдѣльный человѣкъ, такъ и всякій признанный общественный союзъ съ одной стороны представляетъ собою нѣкоторый обособленный организмъ, а съ другой стороны является составнымъ элементомъ высшаго единства (ближайшимъ образомъ воплощаемаго въ государствѣ).

Какъ самостоятельный организмъ, отдѣльный индивидъ, и всякій общественный союзъ ведетъ самостоятельную жизнь и преслѣдуетъ *особыя цѣли*; какъ составной элементъ высшаго единства онъ однако

не долженъ терять изъ виду *общую цѣль* этого высшаго единства, воплощаемаго въ государственной власти.

Примѣняя эти положенія къ частному и публичному праву. Аренсъ говоритъ, что частное право есть совокупность нормъ, обезпечивающихъ достиженіе *спеціальныхъ цѣлей* отдѣльныхъ лицъ и общественныхъ союзовъ, а также самого государственнаго союза, а публичное право-совокупность нормъ, обезпечивающихъ достиженіе *общей цѣли*, къ которой стремятся государства и другія признанныя соціальныя организаціи.

И такъ, каждый индивидъ и каждый общественный союзъ, въ томъ числѣ и государство, имѣетъ свое *частное* и свое *публичное* право.

Но какія же нормы въ отдѣльности должны быть отнесены къ частному, какія къ публичному праву, спрашиваетъ затѣмъ Аренсъ. На это онъ даетъ слѣдующій отвѣтъ: грань между тѣми и другими не можетъ быть неизмѣнной, она проводится обычаемъ и законодательствомъ.

Но развѣ это отвѣтъ? Вѣдь недостаточно констатировать, что грань между публичными и частными нормами, регулирующими жизнь каждаго индивида и каждаго общественнаго союза, проводится обычаемъ и законодательствомъ, надо же и указать, какимъ образомъ она проводится ими, *чѣмъ руководствуется* законъ и обычай, относя однѣ и тѣ-же нормы въ различные моменты историческаго развитія то къ частно-правнымъ, то къ публично-правнымъ.

Такимъ образомъ, и его теорія не даетъ сколько нибудь опредѣленныхъ, осязательныхъ критеріевъ для разграниченія публичнаго и частнаго права.

Даже больше: конечный выводъ, къ которому онъ приходитъ, находится въ явномъ противорѣчіи съ его собственными посылками. Сначала онъ говоритъ о различіи цѣлей, преслѣдуемыхъ частнымъ и публичнымъ правомъ, какъ о чемъ-то абсолютномъ, а затѣмъ оказывается, что это различіе имѣетъ лишь относительное значеніе и притомъ не поддается ближайшей формулировкѣ.

За всѣмъ тѣмъ, нельзя не признать за этой теоріей одного выдающагося достоинства: оно заключается въ совершенно правильномъ признаніи *относительности* различія между частнымъ и публичнымъ правомъ. Это совершенно вѣрно, и заслуживаетъ тѣмъ болѣе вниманія, что это обстоятельство обыкновенно упускается изъ виду.

4) Неудача попытокъ построить различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ на различіи общихъ и частныхъ интересовъ или общихъ и частныхъ цѣлей побудила нѣкоторыхъ ученыхъ избрать основаніемъ этого различія—различіе *имущественныхъ* и *неимущественныхъ* интересовъ.

Съ этой точки зрѣнія гражданское право обыкновенно опредѣляется какъ *имущественное право*. (Мейеръ, Кавелинъ, Зомъ и др.).

Значитъ ли это, что всѣ вообще нормы, такъ или иначе затрогивающія имущественные интересы отдѣльныхъ лицъ или союзовъ лицъ, подлежатъ включенію въ гражданское право?

Большинство ученыхъ, отождествляющихъ гражданское право съ имущественнымъ правомъ, не заходятъ такъ далеко.

Такъ напр., Мейеръ требуетъ только, чтобы изъ гражданскаго права были исключены нормы, касающіяся учрежденій союза семейственнаго, т. е. нормы, касающіяся брака, отношеній родителей и дѣтей, союза родственнаго и опеки.

Но онъ далекъ отъ мысли включать въ гражданское право всѣ нормы, такъ или иначе соприкасающіяся съ имущественными интересами.

Гораздо дальше идетъ Кавелинъ. По его мнѣнію, гражданское право должно обнять всѣ имущественныя отношенія безъ исключенія; такъ напр., онъ относитъ къ гражданскому праву нормы, касающіяся взысканія податей, денежныхъ наказаній, содержанія и пенсій служащимъ и даже нормы, касающіяся воинской повинности (такъ какъ воинская повинность, т е. обязательное и безвозмездное отправленіе военной службы въ продолженіе опредѣленнаго закономъ времени, есть особаго рода одностороннее обязательство, относящееся къ личному труду).

Но если такъ широко толковать понятіе имущественнаго права, то справедливо возникаетъ вопросъ: гдѣ же его предѣлы? «Если къ гражданскому праву относятся государственная и общественная служба съ вознагражденіемъ и даже воинская повинность, то нѣтъ основанія», говоритъ Коркуновъ «почему не отнести туда же и ученіе о (народномъ) представительствѣ, которое также вѣдь имѣетъ и экономическую сторону, выражающуюся или въ получаемомъ представителями содержаніи, или, при безвозмездности функцій народнаго представителя, въ томъ расходѣ, какой онъ неизбѣжно несетъ при исполненіи своихъ функцій. Если къ гражданскому праву

относится ученіе о призрѣніи бѣдныхъ, то конечно слѣдуетъ къ нему отнести и даровое начальное обученіе, Но, идя этимъ путемъ, мы, одно за другимъ, всѣ рѣшительно отношенія отнесемъ къ гражданскому праву».

Это совершенно справедливо. Но самая возможность появленія теоріи Кавелина показываетъ, что во всякомъ случаѣ нельзя ограничиться общей характеристикой гражданскаго права какъ права имущественныхъ какъ это дѣлаютъ напр. Мейеръ и Зомъ. Необходимо точнѣе указать, *какія* имущественныя отношенія оно обнимаетъ, не ограничиваясь конечно въ этомъ отношеніи перечнемъ имущественныхъ отношеній, *обыкновенно* включаемыхъ въ гражданское право, а указывая какіе нибудь общіе руководящіе критеріи, отличающіе имущественныя отношенія, подлежащія включенію въ гражданское право, отъ другихъ отношеній, такъ или иначе соприкасающихся съ имущественными интересами.

Попытка подобнаго рода была предпринята проф. Цитовичемъ, который опредѣляетъ гражданское право какъ «совокупность постановленій, велѣній положительнаго права, дающихъ порядокъ и форму экономическому распредѣленію въ данное время у даннаго народа: короче—гражданское право есть право распредѣленія.

Однако, это опредѣленіе слишкомъ узко: оно не обнимаетъ ученія о вознагражденіи за вредъ и убытокъ, которое никоимъ образомъ не можетъ быть исключено изъ гражданскаго права.

Впрочемъ, это не единственный упрекъ, который можетъ быть сдѣланъ Цитовичу. Опредѣляя съ одной стороны гражданское право какъ право распредѣленія, онъ съ другой стороны считаетъ всет-аки возможнымъ включать въ него отношенія семейнаго права. Такимъ образомъ, экономическая точка зрѣнія у него не проведена послѣдовательно.

5) На совершенно иныхъ началахъ пытался построить различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ Тонъ. Онъ полагаетъ, что нельзя свести это различіе къ различію по цѣли или содержанію тѣхъ и другихъ нормъ, а слѣдуетъ свести его къ различію тѣхъ *послѣдствій*, которыя влечетъ за собою нарушеніе нормы. Именно, если нарушеніе нормы приводитъ къ возникновенію притязанія даннаго лица противъ нарушителя, то мы имѣемъ дѣло съ частноправной нормой; если же подобное нарушеніе приводитъ только къ принятію извѣстныхъ репрессивныхъ мѣръ со стороны и по иниціативѣ

подлежащихъ органовъ государственной власти, то норма принадлежитъ къ числу публично-правовыхъ. Другими словами, частноправныя нормы суть тѣ, нарушеніе которыхъ преслѣдуется по инициативѣ потерпѣвшаго лица, публично-правныя—тѣ, нарушеніе которыхъ преслѣдуется по инициативѣ государственной власти, независимо отъ желанія потерпѣвшаго.

Главное возраженіе, которое можно сдѣлать этой теоріи въ той формѣ, въ которой она изложена Тономъ, заключается въ томъ, что она слишкомъ расширяетъ понятіе частнаго права. Такъ напр., согласно этой теоріи, къ частно-правнымъ нормамъ должны были бы быть отнесены нѣкоторыя нормы уголовнаго права, такъ какъ бываютъ преступленія, которыя преслѣдуются только по инициативѣ потерпѣвшаго (напр. прелюбодѣяніе, изнасилованіе, и др.). Равнымъ образомъ къ частно-правнымъ нормамъ пришлось бы отнести и рядъ нормъ государственнаго и административнаго права, такъ какъ въ извѣстныхъ случаяхъ, (число которыхъ постоянно увеличивается), нарушеніе подобныхъ нормъ порождаетъ для потерпѣвшаго право обратиться въ административный судъ.

6) Въ заключеніе, мы укажемъ еще на теорію проф. Коркунова. Онъ различаетъ двѣ формы пользованія объектами, служащими средствами для удовлетворенія человѣческихъ потребностей, именно *подѣленіе* объекта пользованія въ частное обладаніе по частямъ и *приспособленіе* объекта къ совмѣстному осуществленію разграничиваемыхъ интересовъ.

Частно-правными онъ называетъ нормы, устанавливающія формы подѣленія объектовъ въ частное обладаніе, публично-правными—нормы, устанавливающія формы приспособленія объектовъ къ общему пользованію. «Такъ», «говоритъ онъ, институтъ дорожнаго права представляетъ приспособленіе опредѣленной части территоріи къ общему пользованію ею, какъ средствомъ сообщенія. Институтъ монетнаго права представляетъ приспособленіе металловъ къ пользованію ими, какъ орудіемъ обмѣна».

Проф. Коркуновъ въ подтвержденіе правильности своей теоріи ссылается на то, что она яко-бы совпадаетъ съ исторически установившимся различіемъ частнаго и публичнаго права.

Съ этимъ однако трудно согласиться. Такъ напр., возникаетъ вопросъ: Куда отнести съ точки зрѣнія теоріи Коркунова институтъ *сособственности*, т. е. тотъ случай, когда вещь находится въ не-

раздѣльномъ обладаніи нѣсколькихъ лицъ? Очевидно, съ его точки зрѣнія нормы, регулирующія этотъ институтъ, должны быть отнесены къ числу нормъ, устанавливающихъ формы приспособленія объектовъ къ общему пользованію, т. е. это будутъ нормы публично-правныя. Но съ точки зрѣнія исторически сложившагося различія частнаго и публичнаго права сособственность безспорно принадлежитъ къ институтамъ частнаго, а не публичнаго права.

Съ другой стороны, куда должны быть отнесены нормы уголовнаго права? Онѣ очевидно не подходятъ ни подъ нормы, устанавливающія формы подѣленія объекта въ частное обладаніе, ни подъ нормы, устанавливающія приспособленіе объекта къ общему пользованію. Другими словами, онѣ вообще не укладываются въ рамки принятой Коркуновымъ классификаціи.

Такимъ образомъ, и эта теорія не можетъ быть признана удовлетворительной.

§ 21. Продолженіе.—Истинный характеръ различія между частнымъ и публичнымъ правомъ.

1) Основной фактъ, изъ котораго должна исходить и съ которымъ должна считаться всякая теорія, стремящаяся разграничить частное и публичное право—это признаніе чисто *практическаго* происхожденія самого этого различія.

Не теоретическіе, а практическіе мотивы побудили римскихъ юристовъ къ установленію различія между частнымъ и публичнымъ правомъ. Имъ надо было просто отмѣтить тотъ фактъ, что дѣятельность государства и его органовъ регулируется иными нормами, чѣмъ дѣятельность частныхъ лицъ. Такой именно смыслъ имѣло различіе между частнымъ и публичномъ правомъ въ ихъ глазахъ.

Естественно, что какъ только измѣнилось предположеніе, на которомъ было построено это дѣленіе права, другими словами, какъ только государство въ области договорно-имущественныхъ отношеній было подчинено тѣмъ же нормамъ, какія примѣняются и въ отношеніяхъ между частными лицами, указанное дѣленіе должно было утратить свой первоначальный смыслъ. Открывалось два исхода: можно было или совсѣмъ отбросить самое это дѣленіе, или сохранивъ его, придать ему иной смыслъ, чѣмъ какой оно имѣло у римлянъ.

На дѣлѣ былъ избранъ второй путь: сохраняя различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ, пытались формулировать это различіе иначе, чѣмъ римскіе юристы. При этомъ практическіе мотивы опять возобладали надъ теоретическими.

Это неудивительно, если вспомнить, что группировка правового матерьяла подъ рубрики частнаго и публичнаго права была предоставлена учебной и законодательной практикѣ. Совмѣстная работа той и другой и привела къ тому разграниченію областей частнаго и публичнаго права, которое на практикѣ является въ настоящее время господствующимъ.

Именно, къ частному праву относятъ: 1) семейственное право, 2) имущественное право, поскольку имущественныя отношенія порождаютъ притязанія, защищаемыя въ порядкѣ гражданскаго суда.— Всѣ остальныя нормы составляютъ въ своей совокупности публичное право, которое подраздѣляется на 1) государственное право, 2) административное право, 3) финансовое право, 4) уголовное право, 5) процессуальное право (съ подраздѣленіемъ его на уголовный и гражданскій процессъ). Къ публичному же праву относятъ обыкновенно также церковное и международное право; иногда ихъ ставятъ особнякомъ, различая въ такомъ случаѣ въ составѣ того и другаго публичное и частное (церковное и международное) право *).

Практическій характеръ всего этого дѣленія бьетъ въ глаза. Онъ становится еще болѣе яснымъ, если мы обратимъ вниманіе на нѣкоторыя весьма любопытныя подробности.

Такъ, совершенно *однородныя* по существу имущественныя отношенія относятся къ отношеніямъ частноправнымъ или публичноправнымъ, смотря по тому, защищаются-ли порождаемыя ими притязанія въ порядкѣ гражданскаго суда или въ порядкѣ административно-судебномъ. Любопытный примѣръ сказаннаго представляетъ новое германское законодательство по страхованію рабочихъ. Дѣло въ томъ, что въ Германіи въ 80-тыхъ годахъ было послѣдовательно введено обязательное страхованіе рабочихъ на случай болѣзни (въ 1883 г.), на случай увѣчій (въ 1884 г.) и на случай потери способности къ труду, а также старости (въ 1889 г.).

---

*) Кстати замѣтимъ, что и римскіе юристы иногда выдѣляли *сакральное* право, (соотвѣтствующее приблизительно тому, что теперь называется церковнымъ правомъ), удѣляя ему самостоятельное мѣсто наряду съ частнымъ и публичнымъ правомъ.

Въ указанныхъ случаяхъ рабочіе при извѣстныхъ условіяхъ пріобрѣтаютъ право на пенсіи и единовременныя пособія. Споры, возникающіе по этому поводу, по общему правилу подвѣдомственны однако не гражданскому суду, а особымъ судебно-административнымъ органамъ, во главѣ которыхъ стоитъ имперская страховая палата (Reichsversicherungsamt). Въ виду этого соотвѣтствующія отношенія по страхованію и причисляются къ отношеніямъ публично-правнымъ. Но наряду съ обязательнымъ страхованіемъ мѣстами сохранилось и добровольное; такъ напр. существуютъ особыя вольныя кассы помощи (freie Hülfskassen), страхующія рабочихъ на случай болѣзни. Споры, возникающіе между застрахованными и указанными кассами, разрѣшаются гражданскимъ судомъ и соотвѣтствующія отношенія по страхованію поэтому причисляются къ частно-правнымъ *).

Съ другой стороны, весьма *разнородные* по существу человѣческіе союзы причисляются къ категоріи частно-правныхъ, разъ споры, возникающіе по вопросу о принадлежности къ данному союзу, о личныхъ правахъ и обязанностяхъ участниковъ его, разрѣшаются въ порядкѣ гражданскаго суда.

Приведенные факты убѣждаютъ прежде всего въ томъ, что объяснять исторически сложившееся различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ теоретическими соображеніями—дѣло безнадежное.

Эти факты сверхъ того наглядно свидѣтельствуютъ о томъ, что граница между частно-правными и публично-правными нормами и отношеніями не только можетъ быть различная для разныхъ правовыхъ системъ, но что она не остается неизмѣнной и въ отношеніи къ каждой данной правовой системѣ въ отдѣльности.

Такъ напр., вполнѣ возможно допустить, что въ случаѣ распространенія основныхъ началъ германскаго страховаго законодательства на другія страны, споры между застрахованными лицами и страховыми учрежденіями будутъ переданы въ вѣдѣніе гражданскихъ судовъ, въ каковомъ случаѣ соотвѣтствующія отношенія по страхованію пріобрѣтутъ характеръ частноправныхъ отношеній. Но вѣдь и само германское законодательство можетъ отступить отъ принятыхъ имъ въ настоящее время въ указанномъ отношеніи началъ, и предо-

*) См. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, изд. 2, т. I стр. 618 и сл.

ставить разрѣшеніе подобныхъ споровъ гражданскому суду,—тогда и тамъ эти отношенія пріобрѣтутъ частно-правный характеръ.

2) Что же изъ всего этого слѣдуетъ?

А слѣдуетъ прежде всего то, что всѣ попытки раціональнаго, формально-логическаго обоснованія *исторически сложившагося* различія между частнымъ и публичнымъ правомъ должны быть признаны въ корнѣ своемъ ошибочными.

Разъ мы это признаемъ, то остаются два пути.

a) Во первыхъ, можно признать необходимымъ построить это различіе на совершенно новыхъ началахъ, установить совершенно новое понятіе частнаго и публичнаго права, несогласное съ исторически сложившимися понятіями, но зато строго научное. При такихъ условіяхъ однако измѣняется вся постановка вопроса. Вопросъ тогда уже будетъ заключаться не въ томъ, *что такое частное, что такое публичное право?* а въ томъ: *чѣмъ должно быть частное, чѣмъ должно быть публичное право?*

Нельзя однако не замѣтить, что поскольку съ подобной постановкой вопроса связаны тѣ или другіе практическіе выводы, несогласные съ реальной дѣйствительностью, съ положительнымъ законодательствомъ, постольку же мы выходимъ изъ задачъ научнаго изслѣдованія и ударяемся въ законодательную политику, ибо задача науки заключается только въ объясненіи реально существующаго, а не въ указаніи идеаловъ будущаго.

Съ другой если мы не сдѣлаемъ никакихъ практическихъ выводовъ, то мы тѣмъ посодѣйствуемъ *смѣшенію понятій*, такъ какъ одни и тѣ же термины (публичное и частное право) будутъ служить для обозначенія совершенно различныхъ понятій: съ одной стороны исторически установившихся, съ другой стороны нами вновь придуманныхъ, и тѣмъ, что мы подъ публичнымъ и частнымъ правомъ будемъ понимать нѣчто совсѣмъ другое, чѣмъ прежняя доктрина и практика, мы конечно не устранимъ прежняго значенія этихъ терминовъ, а объявимъ его только для себя необязательнымъ. Не лучше ли будетъ однако въ такомъ случаѣ для новыхъ понятій установить и новые термины? Во всякомъ случаѣ, это будетъ *научнѣе*.

b) Но есть еще и другой путь. Признавъ *практическій* характеръ исторически сложившагося различія между частнымъ и публичнымъ правомъ, мы можемъ попытаться отыскать *практическій*

критерій, отличающій нормы частно-правныя отъ публично-правныхъ.

Такимъ критеріемъ является *возможность преслѣдовать нарушеніе той или другой матерьяльной нормы въ порядкѣ гражданскаго суда.*

Другими словами, частно-правными нормами въ противоположность публично-правнымъ должны быть признаны матерьяльныя нормы, нарушеніе которыхъ порождаетъ притязаніе, осуществляемое въ порядкѣ гражданскаго суда.

Критерій этотъ чисто внѣшній, а потому и измѣнчивый. Дѣйствительно, разрѣшеніе вопроса о томъ, нарушеніе какихъ нормъ преслѣдуется указаннымъ порядкомъ, всецѣло зависитъ отъ усмотрѣнія законодателя, который руководится при томъ или иномъ разрѣшеніи этого вопроса чисто практическими соображеніями. Отсюда и тѣ колебанія на практикѣ, на которыя намъ уже приходилось указывать.

Въ заключеніе замѣтимъ, что изложенный здѣсь взглядъ, (воспроизводящій въ существеныхъ чертахъ теорію Тона, съ той лишь поправкой, что не всякое притязаніе, а лишь притязаніе, осуществляемое *въ порядкѣ гражданскаго суда*, придаетъ охраняемой имъ нормѣ характеръ частно-правный), уже неоднократно высказывался въ литературѣ, напр. Дернбургомъ и др.

Если онъ до сихъ поръ не получилъ всеобщаго признанія, то это объясняется тѣмъ, что онъ не всегда правильно мотивировался, и въ частности не обосновывался исторически.

Правда, на первый взглядъ существуютъ и принципіальныя возраженія противъ защищаемаго нами взгляда.

Такъ напр., проф. Коркуновъ, критикуя теорію Тона, замѣчаетъ: что „различіе частныхъ и публичныхъ правъ проявляется не только при ихъ нарушеніи. Они различаются и не будучи нарушаемы. Такъ различны способы ихъ пріобрѣтенія. Частныя права *по общему правилу*—отчуждаемы, публичныя—нѣтъ". Однако слабость этого возраженія явствуетъ уже изъ оговорки „по общему правилу". Она сама по себѣ уже свидѣтельствуетъ о томъ, что существуютъ уклоненія въ ту и другую сторону. И дѣйствительно на практикѣ такихъ исключеній оказывается болѣе чѣмъ достаточно, чтобы подорвать самое правило. Стоитъ только обратить вниманіе на международныя отношенія, чтобы убѣдиться въ этомъ. Дѣйствительно, къ

чему сводятъ различіе между частными и публичными правами въ способахъ пріобрѣтенія тѣхъ и другихъ? Къ тому, что только частныя права могутъ быть пріобрѣтаемы на основаніи договорнаго соглашенія, тогда какъ публичныя права пріобрѣтаются только въ силу спеціальнаго постановленія закона. Но во первыхъ, бываютъ и частныя права, пріобрѣтаемыя послѣднимъ путемъ, какъ напр. право наслѣдованія по закону. Во вторыхъ, въ области международныхъ отношеній и публичныя права могутъ быть пріобрѣтены на основаніи договорнаго соглашенія; такъ напр., въ силу договорнаго соглашенія одно государство можетъ пріобрѣсти въ предѣлахъ другаго право консульскаго суда надъ своими подданными.—То же слѣдуетъ сказать и объ отчуждаемости публичныхъ и частныхъ правъ; съ одной стороны встрѣчаются неотчуждаемыя частныя права, въ особенности въ области семейственныхъ отношеній; съ другой стороны и публичныя права могутъ быть отчуждаемы въ области международныхъ отношеній.

И такъ, приведенное возраженіе не выдерживаетъ критики.

Наряду съ нимъ Коркуновъ выставляетъ еще другое, которое онъ самъ считаетъ наиболѣе важнымъ. „Право частнаго иска, говоритъ онъ, и воздѣйствіе общественной власти не исключаютъ другъ друга, а могутъ совмѣстно сопровождать одно и то-же правонарушеніе. Напр. при кражѣ, при убійствѣ, противъ виновнаго не только вчиняется уголовное преслѣдованіе, но можетъ быть также вчиненъ искъ со стороны потерпѣвшихъ частныхъ лицъ—со стороны обокраденнаго или со стороны родственниковъ убитаго. Но само собою разумѣется, что если такимъ образомъ послѣдствія того, и другаго рода могутъ наступать совмѣстно, различіе ихъ не можетъ быть основаніемъ различія частныхъ и публичныхъ правъ. Иначе пришлось бы допустить, что одно и тоже право можетъ быть и частнымъ и публичнымъ“.

Однако не трудно убѣдиться, что въ основаніи всего этого разсужденія лежитъ явное смѣшеніе понятій, выражающееся уже въ томъ, что рѣчь ведется не объ *объективномъ* публичномъ и частномъ правѣ, а о *субъективныхъ* публичныхъ и частныхъ правахъ.

Вѣдь вопросъ не въ томъ, могутъ ли въ данномъ частномъ случаѣ конкурировать гражданскій искъ и уголовное преслѣдованіе, а въ томъ, *основываются ли гражданскія и уголовныя послѣдствія даннаго правонарушенія на однѣхъ и тѣхъ же, или на различныхъ*

нормахъ, охраняемыхъ притомъ различнымъ образомъ. Послѣдняго конечно и Коркуновъ не станетъ отрицать, а вмѣстѣ съ тѣмъ конечно падаетъ и все его возраженіе.

Возраженіе это не имѣло бы значенія даже въ томъ случаѣ, еслибы оно ограничивалось указаніемъ на тотъ фактъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ, когда наряду съ уголовнымъ преслѣдованіемъ возникаетъ частный искъ, потерпѣвшій *можетъ* предъявить свой искъ не въ гражданскомъ судѣ, а въ уголовномъ, гдѣ онъ разсматривается совмѣстно съ уголовнымъ дѣломъ, по поводу котораго онъ возникъ. Дѣло въ томъ, что предъявленіе въ такихъ случаяхъ гражданскаго иска въ уголовный судъ зависитъ отъ усмотрѣнія потерпѣвшаго, который можетъ предъявить его и въ порядкѣ обыкновеннаго гражданскаго суда. Послѣдняго же совершенно достаточно, чтобы квалифицировать соотвѣтствующее отношеніе какъ частноправное.

§ 22. **Другія подраздѣленія юридическихъ нормъ.**

1) По внѣшней формѣ нормъ различаютъ право *писанное* и *неписанное*.

Различіе между писаннымъ и неписаннымъ правомъ въ прежнее время часто отождествляли съ различіемъ между закономъ и обычаемъ. Однако это неправильно, такъ какъ и обычное право нерѣдко облекается въ письменную форму.

Писанное право отличается отъ неписаннаго своей *извѣстностью*. Это очень важное достоинство его, такъ какъ неизвѣстность права можетъ легко привести къ произволу и къ ошибочнымъ рѣшеніямъ судебной практики. Этимъ конечно и объясняется всеобщее стремленіе каждаго народа, достигшаго извѣстной ступени культурнаго развитія, перейти отъ неписаннаго права къ писанному.

2) По происхожденію нормъ различаютъ право *національное* и *реципированное*, или *туземное* и *заимствованное*.

Подъ національнымъ или туземнымъ правомъ понимаютъ право, непосредственно выработанное даннымъ народомъ.

Подъ реципированнымъ или заимствованнымъ правомъ понимаютъ иноземное право, воспринятое даннымъ народомъ.

Рецепція можетъ быть болѣе или менѣе широкая: такъ, возможна

рецепція отдѣльныхъ нормъ, цѣлыхъ институтовъ, наконецъ цѣлыхъ правовыхъ системъ.

а) Самый широкій и внушительный примѣръ рецепціи цѣлой правовой системы представляетъ рецепція римскаго гражданскаго права на континентѣ западной Европы.

Рецепція эта совершалась постепенно, по мѣрѣ развитія гражданственности въ новыхъ западно-европейскихъ государствахъ, возникшихъ на развалинахъ западно-римской имперіи. Объектомъ рецепціи послужило римское право въ томъ видѣ, въ какомъ оно было кондифицировано и дѣйствовало при Императорѣ Юстиніанѣ въ VI вѣкѣ нашей эры *).

Рецепція началась съ *Италіи;* затѣмъ римское право проникло во *Францію*, гдѣ оно привилось въ особенности въ южной части страны, которая поэтому и получила названіе pays du droit écrit, въ противоположность сѣверной Франціи, въ которой удержалось обычное право, почему сѣверъ и назывался pays du droit coutumier. Позднѣе римское право проникло и *въ Германію,* гдѣ оно до нашихъ дней въ значительной части современной германской имперіи сохранило значеніе дѣйствующаго права.

При этомъ любопытно отмѣтить, что означенная рецепція совершилась не въ силу какого нибудь законодательнаго акта, а *путемъ обычая и судебной практики.*

Не слѣдуетъ впрочемъ думать, что римское право совершенно вытѣснило національное право. Къ нему прибѣгали напротивъ по общему правилу въ тѣхъ только случаяхъ, когда то или другое

---

*) Императоръ Юстиніанъ собралъ все дѣйствующее въ его время право въ трехъ обширныхъ сборникахъ, которые получили названіе Институцій, Дигестъ или Пандектъ и Кодекса: а) *Институціи* представляютъ собою систематическій учебникъ римскаго права и были предназначены для ознакомленія начинающихъ съ элементами права; b) *Дигесты или Пандекты* представляютъ собою богатый сборникъ извлеченій изъ сочиненій извѣстнѣйшихъ римскихъ юристовъ; с) *Кодексъ* представляетъ собою сборникъ законовъ, изданныхъ римскими Императорами, поскольку они еще сохранили силу во времена Юстиніана.—Впослѣдствіи былъ изданъ еще четвертый сборникъ т. н. *Новеллы*, обнимающій законы самого Юстиніана, вышедшія послѣ изданія имъ первыхъ трехъ сборниковъ, и законы ближайшихъ его преемниковъ. Впрочемъ, этотъ послѣдній сборникъ представляетъ собою не оффиціальное, а *частное* изданіе.— Всѣ четыре сборника впослѣдствіи получили общее названіе *Corpus Iuris Civilis*.

отношеніе не было регулировано національнымъ правомъ. Но такъ какъ такихъ отношеній, въ особенности въ области договорно-имущественнаго права, было очень много, то формальное предпочтеніе національнаго права римскому не имѣло большаго практическаго значенія и не препятствовало укрѣпленію римскаго права.

Съ другой стороны не слѣдуетъ думать, что римское право въ теченіе многовѣковаго господства его на Западѣ не подверглось ни какимъ измѣненіямъ. Это само по себѣ уже невѣроятно, такъ какъ соціальный бытъ конечно со временемъ прогрессируетъ. И дѣйствительно нѣкоторые римскіе институты, какъ напр. рабство, вовсе не были реципированы, а другіе подверглись со временемъ большей или меньшей переработкѣ.

b) Въ заключеніе замѣтимъ, что до извѣстной степени рецепція римскаго права имѣетъ практическій интересъ и для нашего отечества. Правда, проникало оно къ намъ не въ подлинномъ видѣ, а въ византійскихъ переработкахъ, главнымъ образомъ благодаря стараніямъ церковныхъ авторитетовъ. Форма, въ которой совершалась эта рецепція греко-римскаго или византійскаго права,—т. н. *кормчія книги*, которыя оказали значительное вліяніе въ особенности на наше семейственное право.

Въ греко-римской переработкѣ римское право проникло и въ Грецію, благодаря законнику грузинскаго царя Вахтанга, жившаго въ концѣ XVII ст.; во вторую часть этого законника вошли между прочимъ нѣкоторые законы византійскихъ императоровъ Льва Мудраго, Константина и др.

Далѣе, въ Бессарабіи до сихъ поръ дѣйствуетъ греко-римскій сборникъ, составленный въ XIV ст. Константиномъ Арменопуломъ и носящій названіе *Шестикнижія*.

Косвенно римскія начала проникали къ намъ также черезъ *Литовскій* статутъ.

Но наиболѣе важное значеніе римское право пріобрѣло въ прибалтійскомъ краѣ; тамъ, благодаря особымъ условіямъ, въ которыя долгое время былъ поставленъ этотъ край, римско-германское право пустило глубокіе корни и сохранило важное значеніе до нашихъ дней, легши въ основаніе свода мѣстныхъ узаконеній губерній прибалтійскихъ и въ особенности III тома означеннаго Свода.

c) Намъ остается еще замѣтить, что рецепція иноземнаго права можетъ совершаться не только путемъ обычая и судебной практики,

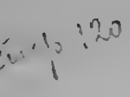
какъ это произошло съ римскимъ правомъ, но и на основаніи законодательнаго акта. Такимъ путемъ напр. былъ заимствованъ французскій гражданскій кодексъ, т. н. Code Napoléon. въ царствѣ Польскомъ (тогда еще Великомъ герцогствѣ Варшавскомъ), въ Бельгіи, Италіи, Румыніи и т. д.

3) По пространству дѣйствія нормъ различаютъ *общее и мѣстное право*. Общимъ называется право, дѣйствующее на всемъ протяженіи государства, мѣстнымъ—право, дѣйствующее лишь въ извѣстныхъ областяхъ его.

a) Что касается вопроса о томъ, какому праву, общему или мѣстному, отдается предпочтеніе, то тутъ возможны двѣ главныя комбинаціи: общее право имѣетъ *абсолютное* значеніе, такъ что всюду гдѣ оно коллидируетъ, сталкивается съ мѣстнымъ, послѣднее должно ему уступить; или же общее право имѣетъ лишь субсидіарное значеніе, оно примѣняется лишь постольку, поскольку въ мѣстномъ правѣ существуютъ пробѣлы.

Въ исторіи права встрѣчаются примѣры того и другого. Такъ напр. римское право было реципировано на Западѣ именно въ качествѣ общаго субсидіарнаго права; тамъ, гдѣ оно сталкивалось съ мѣстнымъ правомъ отдѣльныхъ областей, послѣднему отдавалось предпочтеніе. Напротивъ, законодательство современной германской имперіи по сравненію съ мѣстнымъ законодательствомъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ, входящихъ въ составъ имперіи, имѣетъ значеніе абсолютнаго общаго права: поскольку имперскій законъ противорѣчитъ мѣстному прусскому, баварскому и т. д. закону, послѣдній, разъ онъ вышелъ раньше, считается отмѣненнымъ, а разъ онъ изданъ позднѣе, недѣйствительнымъ.

b) Въ заключеніе надо замѣтить, что иногда въ составѣ мѣстнаго права данной области въ свою очередь приходится различать нормы мѣстнаго права, общія для всей области, и нормы мѣстнаго права, дѣйствующія лишь въ нѣкоторыхъ частяхъ области. Такъ напр. въ современной германской имперіи баварское право есть мѣстное право по сравненію съ общеимперскимъ правомъ; но оно является общимъ правомъ по отношенію къ городскому праву города Мюнхена. Такъ и въ нашемъ прибалтійскомъ краѣ III томъ Свода мѣстныхъ узаконеній имѣетъ значеніе мѣстнаго права по отношенію къ т. X ч. 1 св. зак. Но въ составѣ самаго III тома указаннаго мѣстнаго Свода различаются постановленія, общія для



всѣхъ трехъ прибалтійскихъ губерній, и постановленія мѣстныя по отношенію къ нимъ; такъ, въ Сводѣ встрѣчаются постановленія, примѣняемыя только къ городамъ лифляндскимъ, эстляндскимъ или курляндскимъ, (онѣ образуютъ собою т. н. эстляндское, лифляндское и курляндское городское право,); сверхъ того существуютъ особыя постановленія для г. Нарвы. Далѣе есть постановленія, примѣняемыя только внѣ городскихъ поселеній, въ уѣздахъ, (онѣ образуютъ собою эстляндское, лифляндское и курляндское земское право); кромѣ того существуютъ особыя постановленія спеціально для Пильтенскаго округа, Курляндской губерніи.

с) Что касается вопроса о соотношеніи между общимъ и мѣстнымъ правомъ по нашему законодательству, то мы коснемся его ниже въ главѣ о дѣйствіи юридическихъ нормъ по мѣсту, времени и лицамъ.

4) По степени общности юридическихъ нормъ различаютъ *право основное и особенное.*

Подъ основнымъ правомъ, (которое иногда называютъ также общимъ или нормальнымъ), понимаютъ совокупность нормъ, установляющихъ *общія правила*, подлежащія примѣненію во всѣхъ случаяхъ данной категоріи, поскольку спеціальными нормами не допущены изъятія изъ нихъ.

Подъ особеннымъ правомъ, (которое иногда называютъ также исключительнымъ или аномальнымъ), понимаютъ совокупность нормъ, изъемлющихъ извѣстныя категоріи лицъ, объектовъ или юридическихъ отношеній изъ дѣйствія основныхъ нормъ, допускающихъ въ примѣненіи къ нимъ какія нибудь исключенія изъ общаго правила.

Примѣненіе къ извѣстнымъ категоріямъ лицъ, объектовъ или юридическихъ отношеній особыхъ нормъ въ однихъ случаяхъ вызывается или по крайней мѣрѣ мотивируется соображеніями общественной нравственности, общественной безопасности и т. п., а въ другихъ случаяхъ представляетъ собою простое историческое переживаніе.

Для уразумѣнія истиннаго значенія этого противоположенія небезполезно замѣтить, что нерѣдко то, что сначала было особеннымъ правомъ, со временемъ пріобрѣтаетъ характеръ основнаго права, и наоборотъ. Такъ напр. освобожденіе дворянъ отъ тѣлеснаго наказанія первоначально съ точки зрѣнія нашего законодательства имѣло характеръ особой дворянской привилегіи, а въ настоящее время

является основной нормой права; наоборотъ, сохраненіе тѣлеснаго наказанія для лицъ крестьянскаго сословія въ настоящее время имѣетъ характеръ историческаго переживанія.

Въ заключеніе необходимо замѣтить, что особыя изъятія, установленныя для опредѣленныхъ категорій лицъ, объектовъ и юридическихъ отношеній, могутъ имѣть либо характеръ особыхъ *льготъ*, либо характеръ особыхъ *ограниченій*. Къ первой категоріи относятся напр. разныя привилегіи дворянскаго сословія, ко второй категоріи—ограниченія, устанавливаемыя нашимъ законодательствомъ относительно евреевъ.

Поскольку подобныя изъятія изъ общихъ правилъ имѣютъ льготный характеръ, они именуются также *привилегіями въ обширномъ смыслѣ*. Имъ противополагаются *привилегіи въ тѣсномъ смыслѣ*, т. е. льготы, устанавливаемыя не въ пользу опредѣленныхъ категорій лицъ, объектовъ или юридическихъ отношеній, а въ пользу *даннаго* лица, даннаго объекта или юридическаго отношенія, напр. данному лицу жалуется право безпошлиннаго ввоза или вывоза товаровъ, данное имѣніе освобождается отъ уплаты поземельнаго налога, данный договоръ освобождается отъ уплаты крѣпостныхъ пошлинъ.

Основное отличіе привилегій въ тѣсномъ смыслѣ отъ привилегій въ обширномъ смыслѣ заключается въ томъ, что только послѣднія суть юридическія нормы; что же касается первыхъ, то хотя бы онѣ были пожалованы даже законодательнымъ порядкомъ, онѣ представляютъ собою только случаи примѣненія той или другой нормы къ частному случаю, но сами не суть нормы.

5) Въ зависимости отъ того, считается ли соблюденіе нормъ, регулирующихъ данное отношеніе, подчиненіе имъ безусловно обязательнымъ для заинтересованныхъ лицъ, или же послѣднимъ на основаніи болѣе общей нормы предоставляется право устранить дѣйствіе данныхъ нормъ для даннаго случая, замѣнить одну норму другой,—различаютъ нормы *принудительныя* и *диспозитивныя*.

Принудительными называются нормы, соблюденіе которыхъ для лицъ, состоящихъ въ опредѣленномъ отношеніи, безусловно обязательно. Такой характеръ имѣютъ большинство нормъ публичнаго права, а также многія нормы частнаго права. Такъ напр. принудительный характеръ имѣютъ нормы, предписывающія соблюденіе извѣстныхъ формъ при совершеніи сдѣлокъ.

Напротивъ, диспозитивными нормами называются такія нормы, соблюденіе которыхъ не является безусловно обязательнымъ для заинтересованныхъ лицъ, и относительно которыхъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ частнымъ случаямъ допускаются уклоненія. Диспозитивныя нормы встрѣчаются особенно часто въ области гражданскаго права, но и публичное право не вполнѣ чуждо ихъ.

Такъ напр. характеръ диспозитивной нормы имѣетъ ст. 3863 св. гражд. узак. губ. прибалт., которая гласитъ: «послѣ заключенія продажи, хотя бы даже купленная вещь и не была передана, весь страхъ, т. е. вредъ, который послѣдуетъ ей отъ неустранимаго случая, будетъ ли то погибель ея или повреждение, несетъ покупщикъ»; смыслъ статьи таковъ, что если купленная вещь до передачи ея покупщику случайно погибнетъ у продавца, то покупщикъ не можетъ требовать замѣны ея какой нибудь другой вещью, но тѣмъ не менѣе обязанъ заплатить продавцу условленную сумму денегъ. Однако, это невыгодное для покупщика послѣдствіе можетъ быть устранено имъ по взаимному соглашенію съ продавцемъ, т. е. онъ можетъ заявить, что онъ не желаетъ нести страхъ за случайную гибель вещи и если продавецъ соглашается на это, то въ случаѣ послѣдующей случайной гибели проданнаго объекта правило ст. 3863 уже не можетъ быть примѣнено къ данному случаю.

Это примѣръ изъ области гражданскаго права. Но и въ публичномъ правѣ встрѣчаются диспозитивныя нормы, напр. издается общее городовое положеніе, причемъ отдѣльнымъ городамъ предоставляется право видоизмѣнять согласно мѣстнымъ нуждамъ тѣ или другія постановленія его, положимъ, выбирать вмѣсто трехъ членовъ управы большее или меньшее число, или повысить или понизить нормальный окладъ должностныхъ лицъ городскаго управленія, и т. п.

Въ заключеніе замѣтимъ, что всякая диспозитивная норма предполагаетъ существованіе болѣе общей нормы, придающей ей и другимъ диспозитивнымъ нормамъ именно такой характеръ, хотя бы эта болѣе общая норма и не была спеціально формулирована, а только подразумѣвалась, вытекала изъ смысла диспозитивной нормы. Эта оговорка необходима въ виду того, что иногда дѣло представляется въ такомъ видѣ, какъ будто диспозитивныя нормы суть нормы, соблюденіе которыхъ исключительно зависитъ отъ усмотрѣнія заинтересованныхъ лицъ, отъ ихъ частной автономіи, какъ принято выражаться. Это невѣрно. Не въ силу частной автономіи, а въ

силу существованія другой, болѣе общей нормы, допускаются уклоненія отъ данной диспозитивной нормы.

Означенная оговорка имѣетъ еще и то значеніе, что предохраняетъ отъ неправильнаго смѣшенія диспозитивныхъ нормъ съ нормами, обладающими неопредѣленной диспозиціей (см. о нихъ выше § 19).

Неопредѣленность диспозиціи есть качество, свойство самой нормы, въ силу котораго опредѣленіе содержанія устанавливаемаго ею правила въ большей или меньшей степени предоставляется усмотрѣнію *дискреціонной* власти органа, призваннаго примѣнять норму.

Напротивъ, диспозитивный характеръ нормы не вытекаетъ изъ нормы какъ таковой, а придается ей въ силу особаго отношенія, въ которомъ она находится по отношенію къ другой, болѣе общей нормѣ.

6) Наконецъ, нельзя не указать еще на одно дѣленіе юридическихъ нормъ, находящееся въ тѣсной связи съ только что изложеннымъ.

Мы сказали, что принудительныя нормы суть нормы, безусловно обязательныя для лицъ, состоящихъ въ данномъ, регулируемомъ этими нормами, отношеніи. Но всякая норма можетъ быть нарушена.

Какъ быть въ такомъ случаѣ? Очевидно, должны существовать нормы, охраняющія соблюденіе первыхъ нормъ, опредѣляющія послѣдствія нарушенія ихъ.

Отсюда различіе между нормами *установительными* и *охранительными* (или санкціонирующими).

Установительныя нормы предписываютъ или запрещаютъ извѣстный образъ дѣйствія. Охранительныя нормы опредѣляютъ послѣдствія нарушенія первыхъ нормъ, или, какъ выражаются обыкновенно, содержатъ охранительную санкцію на случай нарушенія установительныхъ нормъ.

Надо однако замѣтить, что не всякой установительной нормѣ соотвѣтствуетъ охранительная норма. Бываютъ нормы безъ санкціи. Такія нормы встрѣчаются часто въ государственномъ правѣ. Такъ, нерѣдко въ конституціонныхъ государствахъ на главу государства возлагаются опредѣленныя обязанности, причемъ однако соблюденіе подлежащихъ нормъ не охраняется на случай нарушенія ихъ.

Далѣе, охранительныя нормы могутъ опредѣлять болѣе или менѣе суровыя послѣдствія нарушенія соотвѣтствующихъ установительныхъ нормъ. Въ зависимости отъ этого различаютъ установительныя *нормы съ полной и неполной санкціей.*

Такъ напр. актъ, совершенный въ нарушеніе извѣстной нормы, можетъ быть объявленъ другой, охранительной нормой, недѣйствительнымъ, а иногда сверхъ того съ совершеніемъ подобнаго акта можетъ быть связано какое нибудь наказаніе. Въ такихъ случаяхъ говорятъ о полной санкціи.

Или же актъ, совершенный въ нарушеніе извѣстной нормы, остается въ силѣ, и на провинившагося лишь налагается наказаніе. Въ такихъ случаяхъ говорятъ о неполной санкціи.

ГЛАВА III.

Дѣйствіе юридическихъ нормъ по времени, по мѣсту и по лицамъ (спеціально въ примѣненіи къ законамъ).

§ 23. Дѣйствіе законовъ по времени *).

Ученіе о дѣйствіи юридическихъ нормъ по времени, по мѣсту и по лицамъ принадлежитъ къ числу самыхъ спорныхъ ученій. Обыкновенно оно разсматривается исключительно въ примѣненіи къ наиболѣе важному въ настоящее время виду юридическихъ нормъ, а именно въ примѣненіи къ *законамъ*.

Несомнѣнно, такая постановка вопроса теоретически не можетъ быть признана правильной: съ такимъ-же основаніемъ, съ какимъ возбуждается вопросъ о дѣйствіи *законовъ* по времени, по мѣсту и по лицамъ, эти вопросы могутъ и должны быть возбуждаемы и въ примѣненіи къ обычному праву, къ нормамъ судебной практики, къ указнымъ нормамъ органовъ исполнительной власти и т. д. Такая болѣе общая постановка вопроса тѣмъ болѣе желательна, что безъ спеціальнаго изученія этого вопроса въ примѣненіи къ каждой изъ формъ юридическихъ нормъ въ отдѣльности невозможно рѣшить, насколько начала, которымъ подчиняется дѣйствіе законовъ въ указанныхъ трехъ направленіяхъ, примѣнимы къ другимъ формамъ юридическихъ нормъ. Во всякомъ случаѣ о полной аналогіи тутъ рѣчи быть не можетъ.

---

*) Малышевъ, курсъ общаго гражданскаго права Россіи, т. I стр. 187—279. Градовскій, начала русскаго государственнаго права, т. I стр. 102—118.

Сказаннаго въ дальнѣйшемъ не слѣдуетъ терять изъ виду, такъ какъ намъ поневолѣ, за отсутствіемъ подготовительныхъ работъ, придется держаться общепринятаго шаблона, т. е. ограничиться изложеніемъ дѣйствія *законовъ* по времени, по мѣсту и по лицамъ.

1) Обязательная сила закона *начинается* со дня его обнародованія или введенія въ дѣйствіе и *продолжается* по общему правилу до тѣхъ поръ, *пока онъ не будетъ отмѣненъ новымъ закономъ*. Исключеніе изъ этого общаго правила составляютъ т. н. срочные законы, т. е. законы, изданные на извѣстный, заранѣе установленный срокъ, по наступленіи котораго они теряютъ силу безъ изданія особаго о томъ закона. Отмѣна прежняго закона новымъ можетъ быть прямо выражена въ новомъ законѣ, или можетъ косвенно вытекать изъ самаго существа новаго закона; она можетъ быть полная или частичная.

2) Всякій новый законъ по общему правилу дѣйствуетъ только *на будущее время*, т. е. другими словами, онъ не примѣняется къ отношеніямъ, возникшимъ до вступленія его въ силу. Обыкновенно это положеніе выражается словами: *законъ* (по общему правилу) *не имѣетъ обратной силы*. Однако законодатель въ каждомъ данномъ случаѣ можетъ конечно допустить отступленія отъ этого принципа.

Вопросъ о томъ, въ какихъ предѣлахъ подобныя отступленія представляются цѣлесообразными, разрѣшается различно для различныхъ категорій нормъ.

Разсмотримъ главныя положенія, которыя болѣе или менѣе утвердились въ этомъ отношеніи въ современной законодательной практикѣ и въ теоріи права:

а) Въ области гражданскаго или частнаго права новый законъ можетъ измѣнить во 1-хъ условія пріобрѣтенія отдѣльныхъ частныхъ правъ, во 2-хъ содержаніе и объемъ этихъ правъ.

аа) Въ первомъ отношеніи желательно, чтобы новый законъ не поражалъ правъ, пріобрѣтенныхъ на основаніи условій, установленныхъ прежнимъ закономъ. Другими словами, если данное субъективное право дѣйствительно пріобрѣтено на основаніи прежнихъ законовъ, то позднѣйшіе законы должны оставить его неприкосновеннымъ, хотя бы прежнія условія и способы пріобрѣтенія правъ были ими измѣнены. Напр. если по прежнему закону для давностнаго пріобрѣтенія вещи въ собственность требовалось истеченіе десяти лѣтъ, а по новому закону установленъ тридцатилѣтній срокъ, то

лица, ко времени изданія новаго закона владѣющія данной вещью въ теченіи срока, превышающаго 10 лѣтъ, должны считаться пріобрѣвшими право собственности на эти вещи, хотя бы до истеченія новаго 30 лѣтняго срока имъ пришлось бы владѣть этой вещью еще большее или меньшее число лѣтъ.

Частное послѣдствіе этого правила заключается въ томъ, что юридическія сдѣлки, совершенныя до изданія новаго закона, должны быть признаны дѣйствительными, если при совершеніи ихъ были соблюдены тѣ формальности, которыя были предписаны прежнимъ закономъ. Напр. если по прежнему закону допускалось словесное заключеніе договора займа, а новый законъ требуетъ письменнаго заключенія его, то словесныя заемныя обязательства, заключенныя при дѣйствіи прежняго закона, должны сохранить силу и при новомъ законѣ.

Но если данное право по прежнему закону еще не было пріобрѣтено, не возникло, а только начало возникать, другими словами, если ко времени изданія новаго закона у заинтересованнаго лица имѣется только *надежда* на будущее пріобрѣтеніе его или возможность пріобрѣтенія, то дѣйствительное пріобрѣтеніе права обусловливается исключительно постановленіями новаго закона. Напр. если по прежнему закону для давностнаго пріобрѣтенія вещи требовалось истеченіе 10 лѣтъ, а по новому—30 лѣтъ, то лица, ко времени изданія новаго закона владѣющія данной вещью *меньше* 10 лѣтъ, могутъ пріобрѣсти эти вещи въ собственность только по истеченіи новаго, болѣе продолжительнаго срока.

bb) Что касается того случая, когда новый законъ ограничиваетъ содержаніе субъективныхъ правъ или совершенно отмѣняетъ данный родъ правъ, то подобное ограниченіе или отмѣна правъ не только препятствуетъ возникновенію вновь подобныхъ правъ вообще или въ прежнемъ объемѣ, но въ соотвѣтственной степени ограничиваетъ или разрушаетъ (даже) пріобрѣтенныя уже (на основаніи прежняго закона) права. Такъ напр. если по прежнему закону отцовская власть надъ дѣтьми была неограниченная, давала отцу не только полное право надъ личностью, но и надъ имуществомъ, пріобрѣтаемымъ сыномъ, а новый законъ урѣзалъ отцовскую власть въ томъ или другомъ отношеніи, напр. призналъ, что имущество, пріобрѣтаемое сыномъ, принадлежитъ ему, а не отцу, то не только впредь отцовская власть можетъ возникнуть лишь въ установленномъ

новымъ закономъ ограниченномъ объемѣ, но и возникшая раньше въ отдѣльныхъ случаяхъ власть отца надъ дѣтьми подвергается на будущее время соотвѣтственнымъ урѣзкамъ. То же примѣняется и къ случаямъ полной отмѣны какого нибудь права, напр. когда упраздняется рабство или крѣпостное состояніе.

Впрочемъ, въ такихъ случаяхъ нельзя собственно говорить объ обратной силѣ закона, ибо новый законъ хотя и ограничиваетъ или отмѣняетъ возникшія права, но только *на будущее время*: существованія ихъ въ прошедшемъ онъ не затрогиваетъ, онъ только видоизмѣняетъ или прекращаетъ длящееся состояніе, возникшее при дѣйствіи прежняго закона, на будущее время.

b) Въ области уголовного права новый законъ можетъ во 1-хъ объявить наказуемымъ дѣяніе, до тѣхъ поръ не наказуемое, или во 2-хъ усилить или смягчить наказаніе за данное преступленіе, или въ 3-ихъ объявить наказуемое дѣяніе на будущее время ненаказуемымъ.

По отношенію къ случаямъ перваго рода представляется справедливымъ и цѣлосообразнымъ, чтобы за дѣянія, ненаказуемыя до изданія новаго закона, виновные не подвергались отвѣтственности, разъ самое дѣяніе было совершено до изданія новаго закона. То-же самое слѣдуетъ сказать на случай усиленія уголовной репрессіи.

Другими словами, въ этихъ двухъ категоріяхъ случаевъ уголовный законъ не долженъ имѣть обратной силы.

Что же касается случаевъ смягченія наказанія или объявленія наказуемаго до изданія новаго закона дѣянія ненаказуемымъ, то въ такихъ случаяхъ очевидно представляется и справедливымъ и цѣлесообразнымъ сообщить уголовному закону обратную силу.

c) Что касается новыхъ процессуальныхъ законовъ, т. е. законовъ, регулирующихъ порядокъ производства и рѣшенія гражданскихъ и уголовныхъ дѣлъ, то они по общему правилу примѣняются не только къ вновь возникающимъ дѣламъ, но и къ возникшимъ уже при прежнемъ порядкѣ дѣламъ, такъ какъ предполагается, что новыя формы судопроизводства болѣе цѣлесообразны, чѣмъ старыя,— иначе законодатель не рѣшился бы на замѣну прежнихъ формъ новыми.

d) Что касается наконецъ политическихъ законовъ, т. е. законовъ, опредѣляющихъ строй государства и политическія и сословныя права гражданъ, то всякій новый политическій законъ, поскольку онъ ограничиваетъ или отмѣняетъ политическія и сословныя права граж-

данъ, примѣняется, какъ законъ, опредѣляющій содержаніе отдѣльныхъ политическихъ правъ, и къ возникшимъ раньше, до изданія его, политическимъ и сословнымъ правамъ, т. е. имъ органичивается содержаніе или отмѣняется вполнѣ данное политическое или сословное право, конечно—на будущее время.

3) Общія начала, изложенныя нами, приняты и русскимъ законодательствомъ. Ст. 60 осн. зак. постановляетъ: «законъ дѣйствуетъ токмо на будущее время; никакой законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія, и сила онаго не распространяется на дѣянія, совершившіяся до его обнародованія».

Ст. 61 осн. зак.: «изъ сего общаго правила изъемлются слѣдующіе случаи: 1) когда въ законѣ именно сказано, что онъ есть токмо подтвержденіе и изъясненіе смысла закона прежняго. 2) когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется на времена, предшествовавшія его обнародованію».

И такъ ст. 60 осн. зак. выставляетъ общее правило, что новые законы не должны имѣть обратной силы, а ст. 61 перечисляетъ исключенія изъ него. Впрочемъ, п. 1 ст. 61 строго говоря не представляетъ исключенія изъ общаго правила, «потому что если новый законъ есть только повтореніе и разъясненіе прежняго, то судъ, примѣняя его къ дѣламъ еще неоконченнымъ, будетъ примѣнять въ дѣйствительности не новый, а старый законъ, или, что тоже, разъясненный смыслъ прежняго закона». (Малышевъ, ук. соч. стр. 195). Правда, что иногда подъ видомъ пояснительныхъ законовъ могутъ быть изданы законы новые, сообщеніе такимъ законамъ обратной силы безъ всякой оговорки несомнѣнно представляется нежелательнымъ. Но въ виду прямого постановленія на этотъ счетъ п. 1 ст. 61, вопросъ о томъ, не вводитъ-ли данный законъ, названный пояснительнымъ, на самомъ дѣлѣ новое правило, не подлежитъ разсмотрѣнію суда, который обязанъ во всякомъ случаѣ примѣнить такой знакъ и къ тѣмъ отношеніямъ, которыя возникли до изданія его.

Въ заключеніе замѣтимъ, что болѣе подробное примѣненіе и развитіе общихъ началъ, изложенныхъ въ ст. 60 и 61 осн. зак., можно найти въ особыхъ законахъ, которые издаются у насъ одновременно съ введеніемъ въ дѣйствіе болѣе сложныхъ законодательныхъ актовъ, напр. въ манифестѣ 31 Января 1833 г. и законѣ 12 Декабря 1834 г. о введеніи въ дѣйствіе свода законовъ, въ указѣ 27 Марта 1846 г. о примѣненіи изданнаго въ 1845 году Уложенія о наказаніяхъ

къ дѣламъ, возникшимъ до вступленія его въ силу, въ рядѣ положеній и правилъ о введеніи въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ 20 Ноября 1864 г., и т. д.

§ 24. Дѣйствіе законовъ по мѣсту *).

Каждое государство имѣетъ свое особое законодательство, и законы, дѣйствующіе въ различныхъ государствахъ, нерѣдко коренныхъ образомъ расходятся между собою.

Съ другой стороны, въ большинствѣ государствъ, наряду съ законами общими, дѣйствующими на всемъ протяженіи государства, существуютъ законы мѣстные, дѣйствующіе только въ опредѣленныхъ областяхъ его.

Этотъ фактъ существованія *разномѣстныхъ* законовъ порождаетъ рядъ весьма важныхъ вопросовъ.

Само по себѣ каждое государство можетъ конечно опредѣлить, что на всемъ протяженіи его должны примѣняться исключительно только собственные законы государства.

Однако строгое проведеніе этого *территоріальнаго* начала было бы несовмѣстимо съ требованіями международнаго общенія. Это одно. Съ другой стороны, даже при вполнѣ послѣдовательномъ проведеніи этого принципа по отношенію къ чужимъ государствамъ, всетаки остался бы открытымъ вопросъ о соотношеніи между общими и мѣстными законами, дѣйствующими въ самомъ данномъ государствѣ.

Между тѣмъ, въ судебныхъ дѣлахъ нерѣдко участвуютъ лица разныхъ національностей, или лица, не жительствующія въ данномъ судебномъ округѣ, а въ другомъ, гдѣ дѣйствуютъ иные законы, или дѣло касается имуществъ, лежащихъ внѣ этого округа, или суду приходится обсуждать акты и сдѣлки, совершенные либо въ какомъ нибудь другомъ округѣ, гдѣ дѣйствуютъ особые законы, либо даже въ другомъ государствѣ, и т. д. Спрашивается, какими же законами слѣдуетъ руководствоваться въ перечисленныхъ и въ аналогичныхъ съ ними случаяхъ?

Тутъ возможны конечно различные отвѣты: 1) такъ, можно при-

*) Малышевъ, ук. соч. т. I стр. 134—187. Градовскій, ук. соч т. I стр. 119—135.

мѣнять законы того округа, гдѣ производится дѣло, 2) законы мѣстожительства, или происхожденія, родины и національности или подданства того или другого лица, 3) законы мѣста нахожденія имущества, 4) законы мѣста совершенія или исполненія даннаго акта или мѣста совершенія даннаго дѣйствія.

Какимъ именно изъ этихъ законовъ въ данномъ частномъ случаѣ должно быть отдано предпочтеніе,—это и составляетъ краеугольный вопросъ ученія о дѣйствіи закона по мѣсту.

1) Разсмотримъ сначала соотношеніе между законами, дѣйствующими въ разныхъ государствахъ.

Современная теорія и законодательная практика проводитъ въ этомъ отношеніи коренное различіе между уголовными и гражданскими законами.

a) Въ области уголовнаго права основной принципъ тотъ, что государство не допускаетъ въ своихъ предѣлахъ дѣствія какого либо чужого уголовнаго закона. Другими словами, къ уголовнымъ дѣяніямъ, совершеннымъ въ предѣлахъ даннаго государства, примѣняется *территоріальный* принципъ, безотносительно къ тому, было ли совершено наказуемое по законамъ даннаго государства дѣяніе собственнымъ подданнымъ его или иностранцемъ. Но какъ поступить въ тѣхъ случаяхъ, когда наказуемое по законамъ даннаго государства дѣяніе было совершено *внѣ* предѣловъ его?

Въ послѣднемъ отношеніи примѣняется *личный* принципъ, т. е. преступленіе наказуемо только въ томъ случаѣ, если оно было совершено собственнымъ *подданнымъ* государства.

Впрочемъ, и въ этихъ предѣлахъ означенный принципъ проводится не вполнѣ послѣдовательно; такъ, за мелкія нарушенія закона, совершенныя за границей, подданный не привлекается къ отвѣтственности.

b) Что касается гражданскихъ законовъ, то прежняя теорія различала три категоріи законовъ или статутовъ (какъ принято было выражаться): *статуты личные*, *реальные* и *смѣшанные*.

Подъ личными статутами понимали законы, касающіеся правоспособности и вообще юридическаго положенія лицъ; подъ реальными статутами—законы, опредѣляющіе отношенія лицъ къ вещамъ, въ особенности къ недвижимостямъ; подъ смѣшанными статутами—законы, регулирующіе человѣческія дѣйствія, и въ частности, форму и содержаніе разныхъ видовъ юридическихъ сдѣлокъ.

Практическое значеніе этого дѣленія заключалось въ томъ, что 1) право-способность и юридическое положеніе лица должны опредѣляться по мнѣнію однихъ—*по законамъ страны, подданнымъ которой состоитъ данное лицо*, по мнѣнію другихъ—*по законамъ его постояннаго мѣстожительства*, хотя бы дѣло разсматривалось иностраннымъ судомъ; въ этомъ смыслѣ указанные законы и назывались личными статутами; 2) засимъ, отношенія лицъ къ вещамъ, характеръ и объемъ отдѣльныхъ правъ на вещи должны были разсматриваться *по законамъ мѣстонахожденія спорной вещи*, хотя бы опять таки дѣло разбиралось въ иноземномъ судѣ; въ этомъ смыслѣ соотвѣтствующіе законы и назывались реальными статутами. Впрочемъ, по весьма распространенному въ свое время взгляду, это правило должно было примѣняться только къ *недвижимостямъ*, тогда какъ споры о движимостяхъ должны были рѣшаться по личнымъ статутамъ, а именно по законамъ постояннаго мѣстожительства лица; 3) наконецъ, юридическое значеніе дѣйствій лицъ и въ частности сила юридическихъ сдѣлокъ должны были обсуждаться *по законамъ мѣста совершенія даннаго дѣйствія или данной сдѣлки*, а такъ какъ это признакъ измѣнчивый (напр. одно дѣйствіе совершено въ Италіи, другое во Франціи и т. д.), то и говорили, что въ такихъ случаяхъ примѣняются смѣшанные статуты.

Въ настоящее время эта теорія статутовъ почти не имѣетъ уже приверженцевъ.

Дѣйствительно, она страдаетъ крайней неопредѣленностью, часто очень трудно рѣшить, подъ какую изъ выставленныхъ ею рубрикъ слѣдуетъ подвести данный случай.

Къ тому же, въ положительномъ правѣ отдѣльныхъ государствъ встрѣчается столько уклоненій отъ выставляемыхъ ею общихъ началъ, что послѣднія оказываются совершенно непригодными для разрѣшенія возникающихъ на практикѣ сомнѣній.

Въ виду этого современная доктрина отказывается отъ общаго и неопредѣленнаго различенія личныхъ, реальныхъ и смѣшанныхъ статутовъ, и выставляетъ взамѣнъ нихъ слѣдующія основныя положенія.

Во-первыхъ, для судовъ каждаго государства вопросъ о предѣлахъ, въ которыхъ (при разрѣшеніи гражданскихъ споровъ) допускается примѣненіе иноземныхъ законовъ, разрѣшается на основаніи соотвѣтствующихъ постановленій положительнаго права данной страны.

Во-вторыхъ, общая теорія всего вопроса можетъ быть построена не на основаніи предвзятаго ученія о личныхъ, реальныхъ и смѣшанныхъ статутахъ, а лишь на основаніи всесторонняго сравнительнаго изученія положительнаго законодательства и судебной практики отдѣльныхъ странъ.

Благодаря такой постановкѣ вопроса современная доктрина гораздо внимательнѣе вникаетъ въ особенности каждаго типа юридическихъ отношеній, каждаго частно-правнаго института, чѣмъ это дѣлалось прежней теоріей.

Подробное изложеніе результатовъ, къ которымъ она пришла такимъ путемъ, завело бы насъ слишкомъ далеко. Мы отмѣтимъ только нѣкоторые наиболѣе существенные пункты.

аа) Такъ, въ ученіи о право-способности лица необходимо различать общую право-способность и способность къ обладанію отдѣльными, особо охарактеризованными правами (напр. способность обладать недвижимой собственностью).

Общая право-способность лица, т. е. признаніе его субъектомъ правъ, принадлежность его къ тому или другому сословію, опредѣляется согласно однимъ законодательствамъ по законамъ страны, подданнымъ которой состоитъ лицо, а согласно другимъ законодательствамъ—по законамъ постояннаго мѣстожительства лица. Изъ этого правила допускаются исключенія двоякаго рода: 1) съ одной стороны, данное законодательство можетъ не признавать извѣстныхъ видовъ ограниченій право-способности (какъ-то: рабство, крѣпостное состояніе, институтъ т. н. гражданской смерти или пожизненнаго лишенія правъ); въ такомъ случаѣ лица, которыя по законамъ своей страны подлежали бы этимъ ограниченіямъ, въ соотвѣтствующихъ отношеніяхъ приравниваются къ подданнымъ государства, въ которомъ они проживаютъ; 2) съ другой стороны въ современныхъ культурныхъ государствахъ дѣйствуетъ принципъ, что иностранцы во всякомъ случаѣ не должны пользоваться большими правами, чѣмъ сами подданные государства.

Специальная способность къ обладанію опредѣленными правами опредѣляется по законамъ страны, въ которой лицо желаетъ осуществить данное право. Такъ напр., иностранцы у насъ въ извѣстныхъ пограничныхъ губерніяхъ не могутъ пріобрѣтать недвижимую собственность. Такъ, наоборотъ, русскіе евреи въ Германіи и т. д. могутъ пріобрѣтать повсемѣстно недвижимую собственность, хотя

они у насъ этого права въ указанномъ широкомъ объемѣ не имѣютъ.

Аналогичнымъ же правиламъ подчиняется и дѣеспособность лицъ. Другими словами, вопросъ о томъ, какое юридическое значеніе имѣютъ *личныя* дѣйствія даннаго лица, (напр. можетъ ли оно принимать на себя разнаго рода обязательства и т. д.), также разрѣшается въ принципѣ по законамъ страны, подданнымъ которой оно состоитъ, или по законамъ постояннаго мѣстожительства его. Но и здѣсь допускаются въ извѣстныхъ случаяхъ исключенія.

bb) Условія пріобрѣтенія и объемъ вещныхъ правъ, напр. права собственности, права залога и т. д., опредѣляются, по общему правилу, по закону мѣстонахожденія вещи.

cc) Что касается обязательственныхъ правъ, то различаютъ обязательства, вытекающія 1) изъ договорнаго соглашенія, 2) изъ имущественныхъ право-нарушеній и 3) изъ спеціальнаго постановленія закона.

Что касается договорныхъ соглашеній, то *форма* ихъ опредѣляется по общему правилу по законамъ мѣста заключенія договора; по вопросу о *содержаніи* ихъ, т. е. о взаимныхъ правахъ и обязанностяхъ сторонъ, существуетъ споръ, слѣдуетъ ли обсуждать содержаніе договора по законамъ мѣста заключенія договора, или по законамъ мѣста исполненія его, или по законамъ мѣста жительства должника. Въ настоящее время судебная практика и доктрина все больше склоняются въ пользу послѣдняго взгляда.

Что касается обязательствъ, вытекающихъ изъ имущественныхъ право-нарушеній, то они обсуждаются по законамъ мѣста совершенія преступленія.

По отношенію къ обязательствамъ, вытекающимъ изъ спеціальнаго постановленія закона, не установились сколько нибудь общія правила.

cc) Въ области семейственныхъ отношеній дѣйствуютъ весьма сложныя правила, на которыхъ мы не будемъ останавливаться, такъ какъ это завело бы насъ слишкомъ далеко.

dd) Что касается наконецъ права наслѣдованія, то надо замѣтить, что какъ право составленія завѣщанія (и въ частности условія дѣйствительности и содержаніе завѣщанія), такъ и порядокъ законнаго наслѣдованія опредѣляются по общему правилу по законамъ страны, подданнымъ которой состоитъ наслѣдодатель (или согласно другимъ законодательствамъ, по законамъ постояннаго мѣстожительства лица).

с) Обращаемся къ процессуальному законодательству. Къ нему примѣняется въ принципѣ *территоріальное* начало, т. е. производство какъ гражданскихъ, такъ и уголовныхъ дѣлъ подчиняется исключительно законамъ той страны, въ которой производится дѣло.

Но изъ этого принципа нѣкоторыя законодательства допускаютъ извѣстныя изъятія, поскольку рѣчь идетъ о вступившихъ въ законную силу иностранныхъ судебныхъ приговорахъ по уголовнымъ дѣламъ и иностранныхъ судебныхъ рѣшеніяхъ по дѣламъ гражданскимъ.

Именно, иностраннымъ приговорамъ по уголовнымъ дѣламъ придается значеніе въ томъ смыслѣ, что подданный, судившійся въ чужомъ государствѣ, по тому же дѣлу уже не можетъ быть привлеченъ вторично къ отвѣтственности на родинѣ.

Съ другой стороны, допускается при извѣстныхъ условіяхъ приведеніе въ исполненіе иностранныхъ судебныхъ рѣшеній по дѣламъ гражданскимъ; для этого требуется однако предварительная провѣрка иностраннаго рѣшенія со стороны мѣстнаго суда.

2) Итакъ, мы видимъ, что дѣйствіе законовъ по мѣсту въ цѣломъ рядѣ случаевъ не ограничивается предѣлами того государства, въ которомъ они изданы, что напротивъ бываютъ случаи, въ которыхъ законъ, изданный въ одномъ государствѣ, примѣняется судебными мѣстами другого, или иначе, что бываютъ случаи примѣненія разномѣстныхъ законовъ.

Въ заключеніе надо замѣтить, что аналогичные вопросы возникаютъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ одномъ и томъ же государствѣ дѣйствуютъ на ряду съ *общими* законами законы *мѣстные*.

Вопросъ о соотношеніи между общимъ и мѣстнымъ правомъ разработанъ однако почти исключительно въ примѣненіи къ одному гражданскому праву. Въ этихъ предѣлахъ въ каждой области примѣняются по аналогіи изложенныя выше начала, регулирующія соотношеніе между собственнымъ гражданскимъ законодательствомъ даннаго государства и иностранными гражданскими законами.

3) Что касается въ частности русскаго законодательства, то надо замѣтить, что оно въ общемъ воспроизводитъ изложенныя выше начала какъ по вопросу о соотношеніи между русскимъ и иностранными законодательствами, такъ и по вопросу о соотношеніи между общимъ законодательствомъ Имперіи и мѣстными узаконеніями, дѣйствующими въ нѣкоторыхъ областяхъ ея.

Соотвѣтствующія постановленія разбросаны въ разныхъ томахъ Свода законовъ (въ Уложеніи о наказ., въ Уставѣ гражданскаго и уголовнаго судопроизводства, въ Законахъ о состояніяхъ, въ Гражданскихъ Законахъ) и въ мѣстныхъ Сводахъ и Уложеніяхъ.

a) Не останавливаясь на подробностяхъ, замѣтимъ только, что русскіе уголовные законы одинаково примѣняются какъ къ русскимъ подданнымъ, такъ и къ иностранцамъ, проживающимъ въ предѣлахъ Россіи, ср. ст. 170 Ул. о нак.; въ извѣстныхъ случаяхъ русскіе подданные и даже иностранцы привлекаются къ отвѣтственности даже за преступленія, совершенныя заграницею, ст. 172, 173—175 тамъ же.

b) По вопросу о примѣненіи иностранныхъ гражданскихъ законовъ дѣйствуютъ весьма дробныя правила, далеко не исчерпывающія этого предмета; указанія на нихъ можно найти у Малышева, ук. соч., т. I стр. 148 и сл.

c) Въ сферѣ процессуальнаго законодательства необходимо обратить вниманіе на ст. 1273—1281 у. гр. суд.

Ст. 1273 говоритъ, что рѣшеніе судебныхъ мѣстъ иностранныхъ государствъ исполняются на основаніи правилъ, установленныхъ по сему предмету взаимными трактатами и договорами. Въ тѣхъ случаяхъ, когда ими не установлены самыя правила исполненія, соблюдается порядокъ изложенный въ слѣдующихъ статьяхъ (т. е. въ ст. 1274—1281).

Ст. 1274. «Рѣшенія судебныхъ мѣстъ иностранныхъ государствъ приводятся въ исполненіе въ Имперіи тогда только, когда это разрѣшено будетъ опредѣленіями Судовъ Имперіи.»

Ст. 1279. «Судебныя мѣста, при разсмотрѣніи сихъ дѣлъ, не входятъ въ обсужденіе существа спора, разрѣшеннаго судами иностранныхъ государствъ, но лишь опредѣляютъ: не заключаетъ ли въ себѣ разсматриваемое рѣшеніе такихъ распоряженій, которыя противны общественному порядку, или не допускаются законами Имперіи.

Ст. 1281 опредѣляетъ, что иностранныя судебныя рѣшенія не имѣютъ силы въ Имперіи, если ими разрѣшаются иски о правахъ собственности на недвижимыя имѣнія въ Россіи находящіяся.

d) Что касается наконецъ соотношенія между общимъ и мѣстнымъ правомъ по нашему законодательству, то нельзя прежде всего не замѣтить, что единственнымъ источникомъ какъ общихъ, такъ и

мѣстныхъ законовъ считается самодержавная императорская власть, какъ это явствуетъ изъ ст. 48 осн. зак., которая гласитъ: «законы въ Имперіи дѣйствуютъ или единообразно въ общей ихъ силѣ, или съ мѣстными въ нѣкоторыхъ ихъ частяхъ измѣненіями. Пространство сихъ измѣненій, мѣста, гдѣ они допускаются, и связь ихъ съ законами общими опредѣляются въ особенныхъ законахъ, учрежденіяхъ и уставахъ“.

Отсюда вытекаетъ тотъ выводъ, что существованіе мѣстныхъ законовъ, также какъ и общихъ, вполнѣ зависитъ отъ усмотрѣнія верховной власти, которая вправѣ видоизмѣнять содержаніе этихъ законовъ и даже вовсе отмѣнять ихъ. Но пока дѣйствуетъ данный мѣстный законъ, ему въ той сферѣ отношеній, которую онъ обнимаетъ, отдается предпочтеніе предъ общимъ закономъ. Даже больше: если не считать мѣстныхъ законовъ Бессарабіи и Черниговской и Полтавской губерніи, то придется признать, что общее законодательство Имперіи въ предѣлахъ и на время дѣйствія мѣстнаго права не имѣетъ даже субсидіарнаго значенія.

Съ другой стороны, новый общій законъ не отмѣняетъ прежняго мѣстнаго закона, противорѣчащаго ему, если это спеціально не оговорено въ немъ.

Отсюда явствуетъ, что къ нашему законодательству непримѣнимы положенія, регулирующія въ другихъ странахъ взаимное соотношеніе общаго и мѣстнаго права (ср. § 23).

Дѣйствительно, нельзя сказать, чтобы общее право имѣло у насъ абсолютное значеніе по сравненію съ мѣстнымъ, ибо еслибы это было такъ, то всякій новый законъ, противорѣчащій прежнему мѣстному, долженъ былъ бы привести къ отмѣнѣ послѣдняго; между тѣмъ, у насъ для этого требуется особая оговорка въ общемъ законѣ, распространяющая его на соотвѣтствующую мѣстность, пользующуюся своимъ мѣстнымъ законодательствомъ.

Но нельзя также сказать, чтобы общее право имѣло у насъ субсидіарное значеніе по сравненію съ мѣстнымъ, ибо съ одной стороны оно даже таковаго по общему правилу не имѣетъ на время дѣйствія мѣстнаго права, а съ другой стороны самое мѣстное право во всемъ своемъ объемѣ можетъ быть упразднено общимъ закономъ, если только это будетъ именно выражено въ немъ.

Чѣмъ же объясняется непримѣнимость ходячихъ формулъ, разграничивающихъ область дѣйствія общаго и мѣстнаго права, къ нашему законодательству?

Отвѣтъ можетъ быть только одинъ: на западѣ, гдѣ эти формулы сложились, общее и мѣстное право вытекаютъ *изъ различныхъ источниковъ*, а у насъ источникъ общаго и мѣстнаго законодательства формально *одинъ и тотъ же*: воля верховной власти.

Мѣжду тѣмъ, легко понять, что формула, гласящая, что общее право по сравненію съ мѣстнымъ имѣетъ абсолютное или субсидіарное значеніе, имѣетъ смыслъ только въ томъ случаѣ, если то и другое право покоятся на различныхъ источникахъ, имѣющихъ и различную силу. Разъ же источникъ общаго и мѣстнаго права одинъ и тотъ же, то и сила того и другаго права должна быть одинаковая. И дѣйствительно: мѣстный законъ, какъ и общій, дѣйствуетъ у насъ до тѣхъ поръ, пока онъ не будетъ отмѣненъ новымъ закономъ. Этому не противорѣчитъ то обстоятельство, что новый общій законъ самъ по себѣ не отмѣняетъ прежняго мѣстнаго.

Напротивъ, это вполнѣ естественно. Разъ два закона, изъ которыхъ одинъ общій, а другой мѣстный, происходятъ изъ одного и того-же источника, то единственное различіе между ними можетъ заключаться лишь въ томъ, что первый устанавливаетъ общее правило, а второй—исключеніе изъ него. Другими словами, различіе между общимъ и мѣстнымъ закономъ въ такомъ случаѣ то-же, что и различіе между основнымъ и особеннымъ закономъ. Въ отношеніи же между основными и особенными законами дѣйствуетъ то правило, что новый основной законъ не отмѣняетъ прежняго особеннаго закона, если объ этомъ не будетъ спеціально упомянуто. Ср. ст. 79 осн. зак. «Законы, особенно для какой либо губерніи или для какого либо рода людей изданные, новымъ общимъ закономъ не отмѣняются, если въ немъ именно таковой отмѣны не постановлено».

Таково *формальное* соотношеніе между общимъ и мѣстнымъ правомъ по нашему законодательству. Едва ли нужно замѣтить, что оно не соотвѣтствуетъ *историческому* соотношенію между ними: исторически общее и мѣстное право конечно выросло и у насъ изъ разныхъ источниковъ.

Что касается засимъ соотношенія между отдѣльными одновременно дѣйствующими общими и мѣстными законами, то здѣсь примѣнются въ общемъ тѣ же правила, которыя опредѣляютъ вообще соотношеніе между разномѣстными законами и которыя были изложены выше. Подробности можно найти у Малышева въ указанномъ мѣстѣ.

§ 25. Дѣйствіе законовъ по лицамъ *).

Въ ученіи о дѣйствіи законовъ по лицамъ необходимо различать двѣ стороны, а именно внѣшнюю обязательную силу закона и обязательность его по содержанію.

1) Въ первомъ отношеніи законъ въ принципѣ обязателенъ для всѣхъ и каждаго, какъ это и выражено въ ст. 63 осн. зак. «Законъ, въ подлежащемъ порядкѣ обнародованный, долженъ быть свято и ненарушимо исполняемъ всѣми и каждымъ, какъ подданными, такъ и иностранцами, въ Россіи пребывающими, поколику то до нихъ принадлежать можетъ, безъ различія званій, чина и пола.» Ср. также ст. 64 осн. зак. «Законы должны быть исполняемы безпристрастно, несмотря на лица и не внимая ничьимъ требованіямъ и предложеніямъ.»

Изъ этого общаго правила допускаются слѣдующія главныя изъятія:

a) Не подчиняется дѣйствію законовъ страны монархъ, какъ лицо неотвѣтственное и неприкосновенное.

b) Тоже слѣдуетъ сказать объ иностранныхъ монархахъ, пребывающихъ въ предѣлахъ чужой территоріи. Къ нимъ примѣняется фикція т. н. внѣземельности, т. е. предположеніе, что монархъ никогда не оставляетъ то государство, которымъ онъ правитъ.

c) Та же фикція внѣземельности распространяется и на иностранныхъ дипломатическихъ агентовъ, пока они остаютя въ своемъ званіи. По нашему законодательству эта фикція до извѣстной степени простирается даже на лицъ, состоящихъ въ услуженіи у иностранныхъ дипломатическихъ агентовъ. Ср. ст. 171 Улож. о нак., ст. 225 и примѣч. къ ней уст. гражд. суд. и др.

d) Наконецъ, наше законодательство признаетъ также внѣземельность союзныхъ или т. н. вспомогательныхъ войскъ. Ст. 175 прим. I ул. о нак.

2) Что касается одинаковой для всѣхъ обязательности законовъ по содержанію, то она предполагаетъ полную равноправность всѣхъ передъ закономъ, отсутствіе всякихъ сословныхъ различій, всякихъ привиллегій въ широкомъ и тѣсномъ смыслѣ, и всякихъ ограниченій

*) Малышевъ, ук. соч. т. I стр. 128—134. Градовскій, ук. соч. т. I стр. 136—142.

отдѣльныхъ классовъ лицъ, словомъ, полное отсутствіе особеннаго права.

Что касается нашего законодательства, то въ немъ равноправности всѣхъ въ этомъ смыслѣ нѣтъ.

a) Такъ, съ одной стороны существуютъ разныя сословныя и иныя привиллегіи, относительно которыхъ ст. 71 осн. зак. гласитъ: «Привиллегіи, дарованныя верховной самодержавной властью частнымъ лицамъ или обществамъ, изъемлютъ ихъ отъ дѣйствія общихъ законовъ по тѣмъ предметамъ, на которые въ тѣхъ привиллегіяхъ содержатся точныя постановленія.»

b) Далѣе, для нѣкоторыхъ категорій лицъ, напр. для евреевъ, установлены извѣстныя ограниченія.

c) Нѣкоторыя лица по самому своему званію подлежатъ дѣйствію особыхъ законовъ. Сюда относятся военнослужащіе и духовенство.

ГЛАВА IV.

Прекращеніе юридическихъ нормъ.

§ 26. Обзоръ важнѣйшихъ случаевъ.

Юридическія нормы теряютъ силу, перестаютъ дѣйствовать либо по основаніямъ, вытекающимъ изъ самаго содержанія ихъ, либо въ силу замѣны ихъ новыми нормами.

1) Что касается случаевъ первой категоріи, то они распадаются на двѣ группы.

a) Юридическая норма и въ частности законъ теряетъ силу, если онъ былъ изданъ *на опредѣленный срокъ* или на время существованія извѣстнаго преходящаго положенія вещей, (напр. на время холеры, бунта и т. п.)

b) Юридическая норма теряетъ силу, если исчезли фактическія предположенія ея, т. е. если не существуютъ болѣе тѣ отношенія, на которыя она была разсчитана, которыя она должна была регулировать. Такъ напр., съ прекращеніемъ язычества теряютъ силы нормы, регулирующія внѣшній бытъ языческаго духовенства, права и преимущества его и т. д.

То же имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда какія нибудь отно-

шенія ошибочно считались существующими, разъ эта ошибка будетъ сознана; такъ напр. суровыя постановленія о вѣдьмахъ, колдунахъ и т. д. должны были утратить силу, когда правящіе классы и лица убѣдились, что колдовства вообще не существуетъ

Но отпаденіе *внѣшняго повода*, послужившаго побудительнымъ мотивомъ къ образованію юридической нормы и въ частности къ изданію закона, не лишаетъ силы самую норму или законъ. Такъ напр.. если во время народныхъ волненій былъ изданъ законъ, ограничивающій, положимъ, общественную самодѣятельность, то онъ остается въ силѣ и послѣ того, какъ эти волненія улеглись.

2) Вторая категорія случаевъ прекращенія юридическихъ нормъ обнимаетъ случаи отмѣны прежней нормы новой нормой.

а) Отмѣна можетъ быть полная или частичная. Въ частности, въ новомъ законѣ можетъ быть прямо выражено, что имъ отмѣняется прежній, или же это можетъ явствовать изъ содержанія новаго закона, несогласнаго съ прежнимъ.

Въ послѣднемъ случаѣ можетъ возникнуть сомнѣніе, въ какихъ предѣлахъ долженъ считаться отмѣненнымъ прежній законъ: разрѣшеніе подобныхъ сомнѣній составляетъ задачу толкованія, въ частности судебнаго толкованія законовъ.

b) Съ отмѣной какого нибудь юридическаго института считаются отмѣненными и всѣ связанныя съ нимъ нормы, напр. съ отмѣной рабства отпадаютъ всѣ нормы, опредѣляющія условія возникновенія и прекращенія рабства. Равнымъ образомъ, съ отмѣной данной нормы теряютъ силу всѣ нормы, которыя были изданы въ предположеніи существованія ея, напр. если для совершенія извѣстнаго рода сдѣлокъ отмѣнено требованіе соблюденія тѣхъ или иныхъ формальностей, то вмѣстѣ съ тѣмъ считается отмѣненной норма, объявляющая сдѣлки, заключенныя безъ соблюденія этихъ формальностей, недѣйствительными.

с) Наконецъ, остается замѣтить, что новый общій законъ по общему правилу не отмѣняетъ прежняго спеціальнаго закона, если это въ немъ прямо не выражено. Напр. если издается законъ, отодвигающій или сокращающій общій срокъ достиженія совершеннолѣтія, то этимъ не затрогивается прежній спеціальный законъ, устанавливающій особый срокъ достиженія совершеннолѣтія для наслѣдника престола.

ОТДѢЛЪ III.

Ученіе о субъективномъ правѣ.

ГЛАВА I.

О субъектахъ правъ.

§ 27. Общія положенія.

1) Субъектомъ правъ называется тотъ, за кѣмъ признается вообще способность имѣть права.

Способность имѣть права называется *правоспособностью*. Слѣд., субъектомъ правъ является тотъ, кто пользуется правоспособностью,

Отъ правоспособности надо отличать *дѣеспособность*. Дѣеспособнымъ считается тотъ, 1) кто обладаетъ волею и можетъ проявлять ее во внѣ въ дѣйствіяхъ, и 2) дѣйствія котораго влекутъ за собою нормальныя юридическія послѣдствія, связанныя съ даннымъ родомъ дѣйствій.

Различіе между правоспособностью и дѣеспособностью проявляется въ двоякомъ направленіи: съ одной стороны, данное лицо можетъ быть правоспособнымъ, будучи лишено дѣеспособности, какъ напр. ребенокъ или умалишенный; съ другой стороны, данное лицо можетъ быть дѣеспособнымъ, будучи лишено правоспособности, какъ напр. совершеннолѣтній рабъ по римскому праву: такой рабъ могъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за совершенныя имъ уголовныя преступленія; съ другой стороны дѣйствія и въ частности сдѣлки, совершенныя такимъ рабомъ, при извѣстныхъ условіяхъ могли повлечь за собою извѣстныя юридическія послѣдствія для его господина.

2) Какъ правоспособность, такъ и дѣеспособность не суть прирожденныя, естественныя, а *соціальныя* качества или свойства людей; условія пріобрѣтенія и утраты ихъ, а равно содержаніе ихъ опредѣляется объективнымъ правомъ.

а) Такъ, объективное право можетъ лишить извѣстную кате-

горію лицъ всякой правоспособности, объявить ихъ безусловно неправоспособными.

Въ современныхъ культурныхъ государствахъ мы этого правда уже не встрѣчаемъ; но исторія права представляетъ не мало примѣровъ полнаго отсутствія правоспособности. Стоитъ вспомнить объ институтѣ рабства, о безправномъ положеніи иностранцевъ въ древнія времена, о наказаніяхъ, сопряженныхъ съ т. н. гражданской смертью преступника.

b) Засимъ, правоспособность отдѣльныхъ категорій лицъ можетъ быть болѣе или менѣе ограничена въ зависимости отъ сословія, отъ касты, отъ національности, отъ пола и т. д. лицъ.

c) Тоже самое слѣдуетъ сказать о дѣеспособности. И здѣсь возможны случаи полнаго лишенія и случаи ограниченія ея, въ зависимости отъ возраста, пола, состоянія здоровья и т. д. лицъ.

3) Въ связи съ указаннымъ необходимо обратить вниманіе еще на одинъ пунктъ, имѣющій весьма существенное значеніе.

Правоспособность есть чисто *пассивное* свойство субъекта правъ. Поэтому она не связана съ опредѣленной физической или психической организаціей субъекта правъ. Это открываетъ возможность сообщать правоспособность не только отдѣльнымъ людямъ или т. н. *физическимъ лицамъ*, но и разнаго рода союзнымъ образованіямъ, которыя вслѣдствіе этого пріобрѣтаютъ значеніе самостоятельныхъ субъектовъ правъ, и въ качествѣ таковыхъ именуются *юридическими лицами.*

Напротивъ, *дѣеспособность* есть *активное* свойство субъекта правъ, она проявляется въ дѣйствіяхъ и предполагаетъ поэтому наличность воли и умѣнье выражать волю въ дѣйствіяхъ, т. е. другими словами опредѣленную физическую и психическую организацію субъекта правъ. Вслѣдствіе этого дѣеспособность не можетъ быть жалуема союзнымъ образованіямъ, признаваемымъ въ качествѣ самостоятельныхъ субъектовъ правъ, т. е. юридическимъ лицамъ, такъ какъ союзныя образованія не обладаютъ самостоятельной волей и способностью къ дѣйствіямъ.

4) Въ заключеніе необходимо еще отмѣтить, что абстрактную правоспособность не слѣдуетъ смѣшивать съ конкретнымъ субъективнымъ правомъ.

Правоспособность сама не есть право, а составляетъ лишь одно изъ необходимыхъ *условій* для того, чтобы въ лицѣ даннаго субъекта могли возникнуть отдѣльныя конкретныя права.

Дѣйствительно, изъ того, что за мной признается общая способность быть собственникомъ, жениться, участвовать въ избраніи народныхъ представителей и т. д. не слѣдуетъ, чтобы я дѣйствительно былъ собственникомъ, состоялъ въ бракѣ, могъ участвовать въ избраніи депутата и т. д. Для того, чтобы возникло конкретное субъективное право, требуется стеченіе цѣлаго ряда условій, и правоспособность есть лишь одно изъ нихъ.

§ 28. О Физическихъ лицахъ.

Субъектами правъ являются прежде всего *физическія лица*, т. е. отдѣльныя недѣлимыя.

1) Въ современныхъ культурныхъ государствахъ это положеніе примѣняется ко всѣмъ безъ исключенія физическимъ лицамъ; въ прежнее время извѣстныя категоріи лицъ, были лишены правоспособности, считались не субъектами, а только объектами правъ. Лица, лишенныя правоспособности, назывались рабами; главными основаніями рабства служили: рожденіе отъ рабыни, взятіе въ плѣнъ иностранца, наконецъ обращеніе въ рабство свободныхъ лицъ за извѣстныя преступленія.

Пока существовало рабство, существовали конечно и особыя формы отпущенія на волю рабовъ. Все это теперь съ точки зрѣнія современныхъ правовыхъ системъ представляетъ конечно одинъ историческій интересъ.

2) Правоспособность лица по общему правилу начинается съ момента его рожденія и прекращается со смертью его.

Объемъ правоспособности отдѣльныхъ категорій лицъ и въ современномъ правѣ далеко неодинаковый.

Въ этомъ отношеніи приходится обращать вниманіе въ особенности на слѣдующіе моменты: 1) состоитъ ли лицо подданнымъ государства или нѣтъ; 2) къ какому сословію принадлежитъ лицо; 3) какого оно вѣроисповѣданія; 4) какого оно пола; 5) не подвергалось ли оно ограниченіямъ въ своихъ правахъ по суду.

Впрочемъ, эти моменты не во всѣхъ государствахъ имѣютъ одинаковое значеніе.

Такъ напр., сословныя и вѣроисповѣдныя различія играютъ весьма важную роль у насъ, и не имѣютъ либо никакого, либо весьма ограниченное значеніе въ конституціонныхъ государствахъ.

Независимо отъ этого необходимо замѣтить, что перечисленные выше моменты оказываютъ гораздо большее вліяніе на степень политической, чѣмъ гражданской правоспособности. По отношенію къ послѣдней, современное право стремится къ возможно полной равноправности всѣхъ людей безъ различія національности, сословій, вѣроисповѣданія и пола. Напротивъ, политическая правоспособность признается по общему правилу только за собственными подданными мужского пола, неопороченными по суду: предѣлы, въ которыхъ она признается за лицами, удовлетворяющими этимъ условіямъ, зависятъ отъ общаго государственнаго устройства страны.

3) Что касается дѣеспособности, то она можетъ быть полная, ограниченная, или же можетъ и совсѣмъ отсутствовать.

Главные моменты, которые играютъ роль въ этомъ отношеніи, суть: возрастъ лица и состояніе его здоровья.

Такъ напр., малолѣтніе до извѣстнаго возраста, а равно умалишенные вполнѣ лишены дѣеспособности. Лица, вышедшія изъ младенческаго возраста, а равно лица, страдающія какими нибудь физическими пороками, напр. глухотой, нѣмотой, слѣпотой, пользуются лишь ограниченной дѣеспособностью.

§ 29. О юридическихъ лицахъ.

1) Во всякой болѣе или менѣе развитой правовой системѣ наряду съ отдѣльными физическими лицами пользуются самостоятельной правоспособностью и извѣстныя союзныя образованія, которыя принято называть юридическими лицами.

Такая самостоятельность признается, напр., за самимъ государствомъ, за органами земскаго и городскаго самоуправленія, за разнаго рода промышленными, учеными, любительскими союзами, за церковными, учебными, благотворительными учрежденіями, и т. д.

Самостоятельная правоспособность юридическихъ лицъ выражается въ томъ, что за ними, какъ за таковыми, признаются извѣстныя субъективныя права, въ особенности права имущественныя; такъ, отъ ихъ имени вступаютъ въ сдѣлки и предъявляютъ иски, къ нимъ могутъ быть предъявлены иски со стороны третьихъ лицъ, и т. д.

Вообще имущество юридическаго лица отличается отъ имуще-

ства отдѣльныхъ участниковъ его, оно имѣетъ своихъ кредиторовъ и своихъ должниковъ.

Независимо отъ этого нѣкоторыя категоріи юридическихъ лицъ, и въ особенности само государство, пользуются и политической правоспособностью; такъ, отдѣльныя государства являются субъектами правъ въ области международныхъ отношеній, отъ ихъ имени заключаются союзы, международные трактаты и т. д.; такъ, отдѣльнымъ корпораціямъ или учрежденіямъ можетъ быть присвоено право избранія представителей въ парламентъ, и т. д.

Всѣ эти частные факты, на которые мы сейчасъ указали, внѣ спора. Да ихъ и нельзя отрицать. Но за всѣмъ тѣмъ то обобщеніе, которое дѣлается изъ нихъ, а именно, что физическія лица не суть единственные субъекты правъ, что наряду съ ними субъектами могутъ быть при извѣстныхъ условіяхъ и союзныя образованія,—это обобщеніе, повторяемъ, со стороны многихъ ученыхъ встрѣчаетъ рѣшительный отпоръ.

2) Въ виду этого намъ необходимо разсмотрѣть важнѣйшія теоріи о юридическихъ лицахъ.

а) Господствующей до настоящаго времени, (по крайней мѣрѣ среди представителей науки гражданскаго права), теоріей должна считаться теорія знаменитаго Савиньи.

Согласно этой теоріи юридическое лицо есть искусственный субъектъ правъ, который, какъ таковой, существуетъ лишь въ юридическомъ воображеніи, въ идеѣ, но не въ дѣйствительности, реальными же субъектами правъ могутъ быть только физическія лица. Другими словами, *юридическое лицо есть лишь фиктивный субъектъ правъ.*

Все это разсужденіе покоится на неправильномъ представленіи о характерѣ правоспособности.

Что каждое юридическое лицо имѣетъ извѣстный *матерьяльный субстратъ* и въ этомъ смыслѣ есть вполнѣ реальная величина, этого, конечно, не могутъ отрицать и представители изложенной теоріи. Вѣдь невозможно же серьезно утверждать, что государство, городъ, акціонерная компанія, гимназія, больница и т. д. существуютъ только въ нашемъ воображеніи, а не въ дѣйствительности.

Съ другой стороны, практически, несомнѣнно, не безразлично, считается ли данное имущество принадлежащимъ юридическому лицу или отдѣльнымъ участникамъ его, предъявляется ли искъ отъ

имени юридическаго лица или отъ имени физическаго лица, хотя бы случайно состоящаго вмѣстѣ съ тѣмъ членомъ юридическаго лица, имѣетъ ли право участія въ избраніи народныхъ представителей само юридическое лицо или только отдѣльные члены его, и т. д.

Почему же послѣ этого подобныя союзныя образованія не могутъ быть признаны реальными субъектами правъ, почему такое признаніе носитъ непремѣнно фиктивный характеръ?

Взглядъ Савиньи и его послѣдователей былъ бы справедливъ въ томъ только случаѣ, если бы правоспособность была прирожденнымъ качествомъ физическихъ лицъ, составляла бы такую же неразрывную принадлежность ихъ, какъ напр. части тѣла. Но разъ мы уяснили себѣ, что правоспособность есть *соціальное* качество, жалуемое объективнымъ правомъ, и къ тому же качество *пассивное*, и въ качествѣ таковаго вовсе не связано съ опредѣленной физической и психической организаціей, то мы не найдемъ уже ничего страннаго въ томъ, что правоспособность можетъ отсутствовать у физическихъ лицъ и можетъ быть присвоена союзнымъ образованіямъ. Конечно, послѣднія отъ этого не отождествляются съ физическими лицами, но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы они не могли быть признаны столь же реальными субъектами правъ, какъ и физическія лица.

Нѣкоторые противъ этого возражаютъ: гдѣ же тутъ граница? если признавать реальными субъектами правъ не однихъ только физическихъ лицъ, то отчего же не признавать таковыми и животныхъ, напр. обезьянъ? Однако подобное возраженіе не имѣетъ никакой цѣны. Не говоря уже о томъ, что довольно странно отрицать реальное значеніе за юридическими лицами только потому, чтобы не признавать субъектами права и обезъянъ, нельзя не замѣтить, что если объективное право не признаетъ животныхъ субъектами правъ, то оно дѣлаетъ это не потому, чтобы подобное признаніе было логически невозможнымъ, (вѣдь произвелъ же императоръ Калигула своего любимаго коня въ консулы), а потому, что *это не вызывается никакими практическими потребностями* и не имѣло бы никакого практическаго значенія для облагодѣтельствованныхъ животныхъ.

b) Другой весьма видный ученый, Бринцъ, вполнѣ соглашаясь съ тѣмъ, что юридическія лица суть лица фиктивныя, идетъ еще дальше и говоритъ: нужно отбросить самое названіе. Надо разли-

чать не двѣ категоріи субъектовъ правъ, а двѣ категоріи имуществъ: *имущество личное* и *имущество цѣлевое*, предназначенное для опредѣленной цѣли. Первое имѣетъ своимъ субъектомъ опредѣленное физическое лицо, второе безсубъектно, но имѣетъ за то объектъ, именно опредѣленную цѣль.

Несостоятельность этой теоріи, которая приводитъ къ отождествленію юридическихъ лицъ съ ихъ имуществами, явствуетъ уже изъ того, что извѣстныя корпораціи и учрежденія могутъ пользоваться политическими правами, что отъ имени ихъ могутъ быть заключаемы сдѣлки и т. д. совершенно независимо отъ того, обладаютъ ли они имуществомъ или нѣтъ.

c) Весьма своеобразную теорію выставилъ Іерингъ, къ которому примыкаетъ и Коркуновъ.

Іерингъ исходитъ изъ того положенія, что сущность всякаго права заключается въ пользованіи, въ извлеченіи извѣстной выгоды изъ него; поэтому субъектомъ права, говоритъ онъ, долженъ считаться тотъ, кому законъ желаетъ доставить эту выгоду (т. н. дестинатеръ).

Примѣняя эти положенія къ ученію о юридическихъ лицахъ, онъ приходитъ къ такому результату: *юридическое лицо есть искусственный механизмъ, искусственный носитель правъ.*

Настоящими же субъектами тѣхъ правъ, носителемъ которыхъ по отношенію къ третьимъ лицамъ является юридическое лицо, суть отдѣльныя лица—дестинатеры, ради которыхъ существуетъ юридическое лицо.

Послѣдовательное проведеніе этой теоріи приводитъ однако къ явно несообразнымъ выводамъ; такъ, субъектами больницъ и въ частности больничнаго имущества пришлось бы считать больныхъ, субъектами остроговъ и ихъ имущества—арестантовъ, субъектами обществъ покровительства животныхъ и ихъ имуществъ этихъ животныхъ, и т. д.

d) Въ противоположную крайность сравнительно съ представителями только что изложенныхъ теорій впадаютъ т. н. германисты, во главѣ которыхъ въ настоящее время стоитъ Оттонъ Гирке.

Эти ученые говорятъ, что наряду съ отдѣльными лицами или индивидуальными организмами существуютъ самостоятельные *общественные или соціальные организмы.*

Если такой организмъ будетъ признанъ правомъ въ качествѣ самостоятельнаго субъекта, то его называютъ юридическимъ лицомъ.

Эти общественные или соціальные организмы, признаваемые самостоятельными субъектами правъ, согласно теоріи Гирке и его послѣдователей, обладаютъ не только правоспособностью, но и *самостоятельной волей и дѣеспособностью*.

Противъ этой теоріи нельзя прежде всего не возразить, что подведеніе союзныхъ образованій и отдѣльныхъ недѣлимыхъ подъ общее понятіе организмовъ едва ли представляется удобнымъ. Понятіе организма при такихъ условіяхъ либо теряетъ всякое опредѣленное содержаніе, либо подаетъ поводъ къ весьма нежелательному смѣшенію понятій.—Теорія Гирке и его послѣдователей страдаетъ именно послѣднимъ недостаткомъ.

Исходя изъ наблюденія, что тѣ индивидуальные организмы, которые мы называемъ людьми, обладаютъ волей и способностью къ дѣйствіямъ, представители оспариваемой теоріи приходятъ къ ни съ чѣмъ не сообразному выводу, что т. н. соціальные организмы и, въ частности, юридическія лица также должны обладать самостоятельной волей и способностью къ дѣйствіямъ, почему и приписываютъ имъ дѣеспособность.

Этимъ вводятся лишь новыя фикціи, ибо *доказать* наличность самостоятельной воли и способность къ дѣйствіямъ у соціальныхъ организмовъ конечно нельзя, да Гирке и его послѣдователи и не пытаются доказать это, а просто принимаютъ указанное положеніе на вѣру,—пріемъ совершенно ненаучный.

А разъ приходится отказываться отъ этого положенія, то тѣмъ самымъ конечно падаетъ и дальнѣйшее положеніе о томъ, что юридическія лица обладаютъ самостоятельной дѣеспособностью, ибо дѣеспособность, какъ активное свойство субъекта правъ, немыслима тамъ, гдѣ нѣтъ воли и способности къ дѣйствіямъ.

Не утрачиваетъ ли однако вслѣдствіе этого понятіе юридическаго лица въ смыслѣ самостоятельнаго субъекта правъ всякое реальное значеніе? Конечно нѣтъ. Вѣдь и физическія лица при извѣстныхъ условіяхъ считаются правоспособными, будучи лишены вмѣстѣ съ тѣмъ дѣеспособности, и однако же никто не станетъ утверждать, что признаніе правоспособности недѣеспособныхъ физическихъ лицъ не имѣетъ для такихъ лицъ никакого практическаго значенія.

Правоспособность при отсутствіи дѣеспособности не имѣла бы практическаго значенія въ томъ только случаѣ, еслибы обладаніе

субъективнымъ правомъ и осуществленіе его, т. е. совершеніе всѣхъ дѣйствій, изъ которыхъ складывается содержаніе его, были бы неразрывно связаны между собою, неотдѣлимы другъ отъ друга. Тогда бы и самое различеніе правоспособности и дѣеспособности не имѣло бы смысла. На самомъ же дѣлѣ отдѣльныя функціи, изъ которыхъ складывается содержаніе права, хотя и могутъ быть иногда сосредоточены въ одномъ лицѣ, но могутъ быть распредѣлены и между нѣсколькими лицами (по крайней мѣрѣ въ большинствѣ случаевъ).

Такъ напр. одному лицу можетъ быть предоставлена функція пользованія объектомъ права, другому—функція распоряженія надъ этимъ объектомъ, третьему—функція охраны спокойнаго пользованія правомъ, четвертому—функція контроля, надзора за закономѣрнымъ пользованіемъ и распоряженіемъ объектомъ права, и т. д..

Лица, которыя осуществляютъ тѣ или другія функціи, изъ которыхъ складывается содержаніе даннаго субъективнаго права, отъ имени субъекта соотвѣтствующаго права, именуются *представителями* его (т, е. субъекта права).

Институтъ представительства, о которомъ намъ придется еще поговорить, играетъ въ области права весьма видную роль. Между прочимъ, благодаря существованію этого института сообщеніе самостоятельной правоспособности тѣмъ или другимъ союзнымъ образованіямъ получаетъ вполнѣ реальное практическое значеніе: имъ *восполняется* отсутствующая у союзныхъ образованій самостоятельная дѣеспособность.

3) И такъ, правоспособность можетъ быть сообщена не только отдѣльнымъ недѣлимымъ, отдѣльнымъ физическимъ лицамъ, но и союзнымъ образованіямъ каковыя вслѣдствіе этого пріобрѣтаютъ значеніе самостоятельныхъ субъектовъ правъ на ряду съ отдѣльными физическими лицами, и въ качествѣ таковыхъ именуются юридическими лицами.

Отрицать реальное значеніе за этими субъектами правъ, утверждать, что это лишь вымышленные, фиктивные субъекты, (савиньи) нѣтъ никакого основанія. Правда, юридическія лица не пользуются самостоятельной дѣеспособностью; но они въ ней и не нуждаются, такъ какъ отсутствующая у нихъ дѣеспособность восполняется институтомъ представительства.

Представителями юридическихъ лицъ являются конечно отдѣль-

ныя физическія лица. Кто именно долженъ быть признанъ въ данномъ конкретномъ случаѣ представителемъ юридическаго лица, и какія каждый изъ представителей отправляетъ функціи, это опредѣляется либо спеціальнымъ уставомъ, или учредительнымъ актомъ, либо общимъ закономъ или обычаемъ.

§ 30. Продолженіе. Главные виды юридическихъ лицъ.

Мы сказали, что юридическія лица суть союзныя образованія. облеченныя со стороны объективнаго права самостоятельной правоспособностью, или иначе, признанныя имъ въ качествѣ самостоятельныхъ субъектовъ правъ.

1) Юридическія лица подраздѣляются прежде всего на *публично-правныя* и *частно-правныя*.

Отнесеніе юридическаго лица къ тому или другому изъ указанныхъ типовъ зависитъ отъ того, регулируются ли условія возникновенія и прекращенія даннаго типа юридическихъ лицъ нормами публичнаго или частнаго права.

Съ этой точки зрѣнія къ числу публично-правныхъ лицъ относятся напр. государство, городскія и сельскія общины, разнаго рода правительственныя, общественныя, церковныя установленія. пользующіяся самостоятельной правоспособностью. Наоборотъ, разнаго рода промышленныя, благотворительныя, ученыя, любительскія и иныя союзныя образованія, возникающія по частной иниціативѣ, причисляются къ частно-правнымъ юридическимъ лицамъ, конечно подъ условіемъ признанія за ними самостоятельной правоспособности.

2) Независимо отъ этого юридическія лица подраздѣляются на *корпораціи* и *учрежденія*.

Основаніемъ этого дѣленія служатъ особенности личной организаціи юридическихъ лицъ.

a) Надо замѣтить, что различіе между корпораціями и учрежденіями не всегда правильно формулируется.

Именно, согласно весьма распространенному (въ особенности среди представителей науки гражданскаго права) взгляду въ составѣ юридическихъ лицъ слѣдуетъ различать *союзы лицъ*, преслѣдующіе дозволенныя цѣли, и *имущественные комплексы*, предназначенные

для какой нибудь общеполезной цѣли; первые именуются корпораціями, вторые—учрежденіями. (Тѣ и другіе пріобрѣтаютъ характеръ юридическихъ лицъ конечно только подъ условіемъ признанія ихъ самостоятельными субъектами правъ со стороны объективнаго права).

Противъ этой теоріи нельзя однако не возразить, что имущество, какъ таковое, никогда не бываетъ субъектомъ, а всегда только объектомъ правъ. Субъекта правъ нѣтъ тамъ, гдѣ отсутствуетъ личная организація. Это подтверждается самой жизнью. Нѣтъ такого учрежденія, пользующагося самостоятельной правоспособностью, которое не обладало бы извѣстной личной организаціей.

Относительно большинства учрежденій, какъ напр., учебныхъ заведеній, публичныхъ библіотекъ, тюремъ и т. д., этого не могутъ отрицать и представители оспариваемаго нами взгляда. Болѣе осторожные изъ нихъ поэтому проводятъ различіе между *учрежденіями въ тѣсномъ смыслѣ* и *пожертвованными фондами*. Относительно первыхъ признается существованіе наряду съ имущественнымъ элементомъ и элемента личнаго, и только вторые характеризуются, какъ обладающія самостоятельной правоспособностью имущества, предназначенныя для общеполезной цѣли.

Но и такая поправка не можетъ быть принята. Для того, чтобы фондъ получилъ значеніе самостоятельнаго субъекта правъ, онъ непремѣнно долженъ обладать и *самостоятельной* личной организаціей. На практикѣ это не всегда бываетъ.

Нерѣдко пріурочиваютъ фондъ къ существующей организаціи, напр. жертвуютъ капиталъ для раздачи стипендій и передаютъ его въ то учебное заведеніе, воспитанники котораго должны получать пособія. Но въ такихъ случаяхъ и не возникаетъ новаго юридическаго лица, а *увеличивается* только имущество существующаго уже юридическаго лица, причемъ особенность заключается лишь въ томъ, что юридическое лицо не должно распоряжаться вновь пріобрѣтеннымъ имуществомъ по своему усмотрѣнію, а должно израсходовать его согласно волѣ и указаніямъ жертвователя *).

И такъ, пожертвованный для общеполезной цѣли фондъ какъ таковой никогда не образуетъ самостоятельнаго субъекта правъ;

---

*) Технически такое пожертвованіе называется пожертвованіемъ, сдѣланнымъ *съ наказомъ* употребить его на указанныя жертвователемъ нужды.

для этого требуется, чтобъ для него была создана и самостоятельная личная организація, т. е. чтобы онъ сталъ учрежденіемъ.

b) Итакъ, ходячее разграниченіе между корпораціями и учрежденіями, заключающееся въ признаніи однихъ союзами лицъ, а другихъ имущественными комплексами, обладающими самостоятельной правоспособностью, не можетъ быть признано правильнымъ. Слѣдуетъ признать, что, какъ корпораціи такъ и учрежденія суть *союзныя образованія*, и что различіе между ними заключается лишь въ *особенностяхъ личной организаціи* тѣхъ и другихъ.

А именно, корпорація есть такое союзное образованіе, которое существуетъ и дѣйствуетъ въ интересахъ лицъ, непосредственно связанныхъ между собою и съ корпораціей въ качествѣ полноправныхъ членовъ ея; учрежденіе есть такое союзное образованіе, которое существуетъ и дѣйствуетъ въ интересахъ лицъ, не связанныхъ непосредственно между собою и съ учрежденіемъ въ качествѣ полно-правныхъ членовъ. Практически указанное различіе выражается въ томъ, что въ корпораціяхъ функціи управленія и контроля не отдѣлены принципіально отъ функціи пользованія,—одни и тѣ же лица въ качествѣ полноправныхъ членовъ цѣлаго участвуютъ въ управленіи дѣлами корпораціи, если не непосредственно, то черезъ избираемыхъ ими делегатовъ, контролируютъ дѣятельность этихъ делегатовъ и вмѣстѣ съ тѣмъ пользуются выгодами, которыя доставляетъ корпорація. Напротивъ, въ учрежденіяхъ функція пользованія совершенно обособлена отъ остальныхъ функцій,—лица, пользующіяся услугами учрежденія или т. наз. дестинатеры, не участвуютъ въ управленіи дѣлами учрежденія и не имѣютъ права контроля надъ распорядителями.

Въ заключеніе надо замѣтить, что наряду съ корпораціями и учрежденіями въ чистомъ видѣ существуютъ и *смѣшанныя формы*. Такъ, бываютъ съ одной стороны корпораціи съ примѣсью элементовъ, свойственныхъ учрежденіямъ; это бываетъ тогда, когда данная корпорація дѣйствуетъ не только въ интересахъ членовъ ея, но и третьихъ лицъ; такой характеръ носитъ большинство публично-правныхъ корпорацій, какъ напр., городскія и сельскія общины, въ составѣ которыхъ обыкновенно наряду съ полно-правными обывателями проживаютъ и лица, лишенныя права участія въ городскихъ или мірскихъ дѣлахъ, причемъ однако и эти лица пользуются удобствами, доставляемыми жизнью въ данной общинѣ. Такъ.

съ другой стороны бываютъ учрежденія съ примѣсью корпоративныхъ элементовъ; сюда относятся напр. духовныя братства, общества вспомоществованія бѣднымъ и тому подобныя учрежденія, распорядительная часть которыхъ построена на корпоративныхъ началахъ.

ГЛАВА II.

Объ объектахъ правъ.

§ 31. Общія положенія.

Ученіе объ объектахъ правъ находится въ крайне неудовлетворительномъ состояніи. Самое понятіе объекта правъ вызываетъ до сихъ поръ нескончаемые споры. Постараемся отмѣтить важнѣйшіе взгляды, высказанные по этому поводу въ литературѣ.

1) По весьма распространенному взгляду объектами правъ являются *вещи*, каковыя подраздѣляются на *тѣлесныя* и *безтѣлесныя* вещи.

а). По поводу этого необходимо замѣтить, что дѣленіе вещей на тѣлесныя и безтѣлесныя встрѣчается еще въ римскомъ правѣ. Но тамъ это дѣленіе имѣло совсѣмъ иной смыслъ, чѣмъ какой ему придается въ настоящее время. Римскіе юристы понимали подъ безтѣлесными вещами всякаго рода *права*, напр. право наслѣдованія, право пользованія чужой вещью, права обязательственныя; исключеніе дѣлалось только для права собственности, которое отождествлялось со своимъ объектомъ, т. е. съ тѣлесными вещами. Уже отсюда ясно, что подъ вещами они не могли понимать объекты правъ, ибо тогда бы оказалось, что объектами правъ могутъ быть во-1-хъ тѣлесныя вещи, а во 2-хъ самыя права: очевидно, что право не можетъ служить своимъ собственнымъ объектомъ. И дѣйствительно, говоря о тѣлесныхъ и безтѣлесныхъ вещахъ, они понимали подъ этимъ не объекты правъ, а *составныя части имущества*.

Имущество лица, говорятъ они, состоитъ изъ принадлежащихъ ему (на правѣ собственности, что подразумѣвается) тѣлесныхъ вещей, и изъ разнаго рода имущественныхъ правъ. Въ этомъ смыслѣ вещи и имущественныя права нерѣдко и теперь еще противополагаются другъ другу.

b) И такъ, у римскихъ юристовъ, у которыхъ современные заимствовавали подраздѣленіе вещей на вещи тѣлесныя и безтѣлесныя, это было дѣленіе не объектовъ правъ, а составныхъ частей имущества. Ясно, слѣд., что сохраняя римскую терминологію, нужно было дать ей новое содержаніе. Что же понимаютъ современные юристы подъ безтѣлесными вещами въ смыслѣ самостоятельной категоріи объектовъ правъ? На это обыкновенно даютъ такой отвѣтъ: подъ безтѣлесными вещами слѣдуетъ понимать *дѣйствія* лицъ.

Другими словами, объектами правъ являются съ одной стороны тѣлесныя вещи, предметы внѣшняго міра, съ другой стороны дѣйствія лицъ.

2) Но что общаго между тѣлесными вещами и дѣйствіями лицъ? Какое основаніе объединять ихъ подъ общимъ именемъ вещей, съ подраздѣленіемъ послѣднихъ на тѣлесныя и безтѣлесныя вещи?

Единственное основаніе—то, что римляне различали тѣлесныя и безтѣлесныя вещи. Но вѣдь у нихъ это дѣленіе имѣло иной смыслъ. Сохраняя римскую терминологію, но измѣняя смыслъ ея, мы, очевидно, только можемъ способствовать смѣшенію понятій.

Съ этой точки зрѣнія казалось бы болѣе удобнымъ не подводить дѣйствія лицъ подъ понятіе безтѣлесныхъ вещей, а прямо противопоставить ихъ вещамъ, какъ это и было сдѣлано нѣкоторыми учеными, которые просто констатируютъ, что объектами правъ могутъ быть или вещи, или дѣйствія лицъ (чужія дѣйствія).

Впрочемъ, нѣкоторые вмѣстѣ съ тѣмъ сохраняютъ дѣленіе вещей на тѣлесныя и безтѣлесныя, причемъ подъ безтѣлесными вещами одни понимаютъ *творенія человѣческаго духа* (какъ то: художественныя и ученыя произведенія, изобрѣтенія, модели и т. п.), а другіе—*права*, но только совсѣмъ въ иномъ смыслѣ, чѣмъ римскіе юристы; конечно, говорятъ защитники излагаемаго взгляда, право не можетъ служить собственнымъ своимъ объектомъ, и мы этого вовсе и не утверждаемъ; все, что мы утверждаемъ, это то, что одно право можетъ служить объектомъ другаго права, напр. когда кредиторъ имѣетъ право требованія противъ должника, онъ можетъ заложить свое требованіе другому лицу, и въ такомъ случаѣ право требованія является объектомъ права залога.

Съ этой точки зрѣнія объектами правъ являются: 1) вещи: a) тѣлесныя, b) безтѣлесныя (въ указанномъ сейчасъ смыслѣ) и 2) чужія дѣйствія.

3) Засимъ, есть ученые, которые утверждаютъ, что объектомъ всякаго права являются дѣйствія, собственныя или чужія. Такъ напр. проф. Гольмстенъ говоритъ: «вещь и дѣйствіе не суть двѣ отдѣльныя категоріи объектовъ, ибо и право на вещь есть возможность совершенія надъ нею извѣстнаго дѣйствія; и дѣйствіе иногда касается вещи; такая разнообъектность логически невозможна: пришлось бы признать нѣкоторыя права съ двумя объектами».

Но если даже допустить, что объектомъ правъ могутъ служить чужія дѣйствія, то никакъ нельзя согласиться, чтобы и *собственныя* дѣйствія управомоченнаго лица, субъекта права, могли быть признаны объектами его права. Собственное дѣйствіе управомоченнаго лица не составляетъ объекта его права, а форму *осуществленія* его права.

Дѣйствительно, всякое право даетъ управомоченному лицу возможность совершенія извѣстныхъ дѣйствій; совершая эти дѣйствія, лицо осуществляетъ свое право. Слѣд. если допустить, что дѣйствіе управомоченнаго лица составляетъ объектъ его права, то мы должны будемъ признать, что осуществляется не право, а объектъ права,—другими словами, мы приходимъ къ явно несообразному выводу.

4) Далѣе, нѣкоторые ученые признаютъ объектомъ правъ *подчиненную волю третьихъ лицъ*.

По поводу этой теоріи нельзя прежде всего не замѣтить, что сами представители ея признаютъ подобное опредѣленіе объекта правъ недостаточно опредѣлительнымъ и въ той или иной формѣ возвращаются къ дѣленію объектовъ правъ на вещи и дѣйствія лицъ. Такъ напр. Унгеръ различаетъ общій предметъ и объектъ правъ. Общимъ предметомъ правъ является подчиненная воля третьихъ лицъ, а объектами правъ и онъ считаетъ вещи и дѣйствія лицъ.

При помощи подобныхъ схоластическихъ пріемовъ можно конечно доказывать все, что угодно, но за то дѣло и сводится въ концѣ концовъ къ игрѣ словъ.

По существу противъ этой теоріи слѣдуетъ еще возразить, что воля, какъ чисто внутренній факторъ, вообще не можетъ служить объектомъ права. Вѣдь о самомъ то существованіи этой воли у другихъ лицъ мы догадываемся только косвенно, по дѣйствіямъ, совершаемымъ ими. Съ другой стороны, чья же собственно воля подчи-

нена намъ въ тѣхъ случаяхъ, когда обязанной стороной является юридическое лицо или лицо не дѣеспособное?

5) Весьма своеобразную теорію предлагаетъ проф. Коркуновъ. Онъ говоритъ, что объектами правъ служатъ *силы*, такъ какъ всѣ наши интересы осуществляются не иначе, какъ съ помощью какой нибудь силы. Въ частности, онъ различаетъ четыре категоріи силъ и соотвѣтственно съ этимъ четыре категоріи объектовъ правъ: 1) собственныя силы субъекта, 2) силы природы, 3) силы другихъ людей и 4) силы общества.

Противъ этой теоріи нельзя не возразить прежде всего, что самое понятіе силы есть понятіе крайне неопредѣленное. Коркуновъ самъ его не опредѣляетъ, а это было бы тѣмъ болѣе необходимо, что онъ употребляетъ этотъ терминъ то въ смыслѣ физической, то въ смыслѣ психической силы. Такъ, говоря о силахъ природы, проявляющихся всегда въ какой нибудь части матеріи, онъ очевидно имѣетъ въ виду физическую силу; говоря же о силахъ общественныхъ, онъ замѣчаетъ, что сила здѣсь проявляется въ видѣ *власти* организованнаго союза надъ своими членами, т. е. имѣетъ въ виду несомнѣнно психическій факторъ.

За симъ во всякомъ случаѣ, какъ бы мы ни понимали силы, несомнѣнно одно,—что это скрытые факторы, и что мы въ дѣйствительности имѣемъ дѣло не съ ними, а съ внѣшними формами проявленія ихъ. Но въ такомъ случаѣ только эти внѣшнія формы проявленія силъ и могутъ быть признаны объектами правъ. Въ чемъ же проявляются внѣшнимъ образомъ силы самого субъекта, силы природы, силы другихъ людей и силы общественныя? На это Коркуновъ даетъ такой отвѣтъ: силы самого субъекта выражаются въ его дѣйствіяхъ, силы другихъ людей—въ оказываемыхъ ими услугахъ, т. е. тоже въ дѣйствіяхъ, силы природы—въ вещахъ; о внѣшнемъ проявленіи общественныхъ силъ онъ не говоритъ, но такъ какъ онъ понимаетъ подъ общественными силами власть организованныхъ союзовъ надъ ихъ членами, то очевидно эти силы проявляются въ дѣйствіяхъ лицъ, облеченныхъ властью; но такъ какъ облечь лицо властью значитъ сообщить ему соотвѣтствующее право, то слѣд. общественныя силы проявляются въ дѣйствіяхъ самихъ субъектовъ соотвѣтствующихъ правъ. Другими словами, четвертая категорія объектовъ правъ сливается съ первой,—и тутъ и тамъ объектами правъ оказываются собственныя дѣйствія субъектовъ правъ.

Слѣд., въ результатѣ оказывается, что объектами правъ являются или собственныя, или чужія дѣйствія, или вещи. Но собственныя дѣйствія субъекта правъ, какъ уже было замѣчено, должны быть признаны не объектами, а формами осуществленія правъ, ибо въ противномъ случаѣ мы приходимъ къ несообразному выводу, что осуществляется не право, а объектъ права. Послѣ этого остаются только два болѣе или менѣе общепризнанныхъ вида объектовъ правъ, а именно: вещи и чужія дѣйствія.

6) Итакъ въ концѣ концовъ вопросъ объ объектахъ правъ почти у всѣхъ ученыхъ сводится къ спору о томъ, должны ли быть признаны объектами правъ только вещи, или вещи и дѣйствія лицъ, или одни только дѣйствія. Обращаясь къ разрѣшенію этого вопроса, нельзя прежде всего не замѣтить, что послѣдняя теорія вынуждена признать объектами правъ и собственныя дѣйствія управомоченнаго лица. А это приводитъ къ смѣшенію понятія объекта правъ съ понятіемъ осуществленія правъ.

Независимо отъ этого необходимо замѣтить, что терминъ вещи во всякомъ случаѣ болѣе удобно замѣнить болѣе широкимъ терминомъ *блага*, такъ какъ только послѣдній терминъ дѣйствительно по смыслу своему обнимаетъ всякіе вообще, какъ матерьяльные, такъ и не матерьяльные объекты пользованія, тогда какъ распространеніе термина вещи на нематерьяльные объекты пользованія всегда остается искусственнымъ и можетъ легко привести къ смѣшенію понятій.

Засимъ, на нашъ взглядъ необходимо различать объекты субъективныхъ правъ и объекты охраняющихъ субъективныя права притязаній.

Объектами субъективныхъ правъ являются всѣ вообще *блага*, пользованіе которыми со стороны объективнаго права признается правомѣрнымъ.

Объектами охраняющихъ субъективныя права притязаній являются дѣйствія третьихъ лицъ, по отношенію къ которымъ предъявляются извѣстныя требованія и которыя несутъ соотвѣтствующія обязанности.

Что чужія дѣйствія должны быть признаны именно объектами притязаній, а не правъ, это не трудно доказать. Дѣйствительно, вѣдь благомъ, служащимъ объектомъ пользованія, можетъ быть признано только то, что ожидается въ результатѣ чужихъ дѣйствій, а не самыя дѣйствія, которыя обезпечиваютъ только достиженіе этого

результата. Правда, этому противорѣчитъ повидимому существованіе т. н. обязательственныхъ правъ, объектомъ которыхъ по общепринятому взгляду служатъ дѣйствія должника. Но мы ниже, въ § 33, увидимъ, что этотъ взглядъ основанъ на смѣшеніи обязательственныхъ правъ съ охраняющими ихъ притязаніями.

Что касается засимъ вопроса о томъ, какія блага признаются правомѣрными объектами пользованія со стороны объективнаго права, то этотъ вопросъ различными правовыми системами разрѣшается различно, въ зависимости отъ степени культурнаго развитія данной среды и отъ степени соотвѣтствія между потребностями отдѣльныхъ общественныхъ классовъ и дѣйствующимъ правомъ.

Такъ, для первобытнаго человѣка многое имѣетъ значеніе цѣннаго блага, что неимѣетъ никакой цѣны для человѣка культурнаго, и наоборотъ.

Съ другой стороны многое для первобытнаго человѣка недоступно, что вполнѣ доступно и имѣетъ характеръ цѣннаго блага для человѣка культурнаго. Такъ напр., слово фирма для человѣка первобытнаго пустой звукъ. Въ современномъ быту напротивъ признается особое право на фирму, которое спеціально охраняется закономъ, можетъ быть уступлено по договору и т. д. Тоже можно сказать относительно права художественной и литературной собственности, права изобрѣтателя на свое изобрѣтеніе и т. д., и т. д..

Въ заключеніе замѣтимъ, что не всякое благо можетъ быть объектомъ всякаго права.

Въ частности, далеко не всякая вещь можетъ служить объектомъ права частной собственности и другихъ имущественныхъ правъ, по крайней мѣрѣ въ томъ смыслѣ, что отдѣльныя частныя лица не могутъ пріобрѣсти исключительнаго права на данную вещь, съ устраненіемъ другихъ отъ пользованія ею.

Въ зависимости отъ этого различаютъ вещи, входящія въ составъ гражданскаго оборота, и вещи, изъятыя изъ гражданскаго оборота; къ послѣднимъ принадлежатъ напр. публичныя дороги, площади, большія рѣки и т. д. Подробное ученіе объ этомъ и другихъ дѣленіяхъ вещей входитъ въ задачу гражданскаго права.

ГЛАВА III.

Главные виды правъ.

§ 32. Общій обзоръ.

1) Основнымъ дѣленіемъ субъективныхъ правъ считается дѣленіе ихъ на *публичныя* и *частныя*.

Это дѣленіе субъективныхъ правъ соотвѣтствуетъ дѣленію объективнаго права на частное и публичное. Такъ какъ въ отношеніи къ послѣднему нами уже былъ отмѣченъ *практическій* характеръ этого дѣленія, то мы не будемъ повторять сказаннаго выше, а ограничимся констатированіемъ того факта, что и въ основаніи дѣленія субъективныхъ правъ на публичныя и частныя лежитъ чисто практическій критерій.

А именно публичными мы называемъ субъективныя права, которыя охраняются притязаніями, осуществляемыми въ порядкѣ административно-судебномъ, а частными—субъективныя права, которыя охраняются притязаніями, осуществляемыми въ порядкѣ гражданскаго суда.

Конечно, такой взглядъ далеко не можетъ быть признанъ общепринятымъ. Было сдѣлано не мало попытокъ найти принципіальное, теоретическое основаніе этого различія. Всѣ эти попытки должны были остаться тщетными по той же причинѣ, по которой оказались безплодными и соотвѣтствующія попытки разграниченія объективнаго права. Мы укажемъ только на наиболѣе распространенную попытку такого рода.

Многіе учатъ, что только частныя субъективныя права суть права въ строгомъ смыслѣ слова, тогда какъ публичныя субъективныя права представляютъ собою на самомъ дѣлѣ не права, а *обязанности.*

Такъ напр., судъ не только имѣетъ право, но и обязанъ принимать къ разсмотрѣнію подсудныя ему дѣлу. Такъ, участіе въ парламентѣ составляетъ не только право, но и обязанность депутата, и т. д. Наоборотъ, право собственника или кредитора по займу вовсе не составляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ его обязанности.

На первый взглядъ подобная постановка вопроса дѣйствительно кажется убѣдительной. Но стоитъ вникнуть въ нее ближе, чтобы убѣдиться въ полной несостоятельности ея.

Во-первыхъ, далеко не всѣ публичныя субъективныя права связаны съ обязанностями, если только понимать подъ обязанностями юридическія, а не нравственныя обязанности. Такъ напр., неявка депутата въ засѣданіе парламента можетъ быть разсматриваема развѣ какъ нарушеніе нравственной, но отнюдь не юридической обязанности.

Съ другой стороны бываютъ и частныя субъективныя права, осуществленіе которыхъ составляетъ юридическую обязанность управомоченнаго лица. Такъ напр., опекунъ и вообще всякій представитель не только имѣетъ право на совершеніе тѣхъ дѣйствій, на которыя онъ уполномоченъ, но это вмѣстѣ съ тѣмъ его обязанность по отношенію къ тому лицу, интересы котораго онъ взялся блюсти.

И такъ, утвержденіе, будто всѣ публичныя права, и только они одни, связаны съ обязанностями управомоченнаго по отношенію къ третьимъ лицамъ, (что предполагаетъ конечно возникновеніе соотвѣтствующаго притязанія со стороны заинтересованнаго третьяго лица), не можетъ быть признано правильнымъ.

2) Дѣленіе правъ на публичныя и частныя основано, какъ мы видѣли, на различіи въ *характерѣ* судебной защиты ихъ.

Независимо отъ этого права, какъ публичныя, такъ и частныя, различаются по *объему* судебной защиты ихъ. Въ этомъ отношеніи права подраздѣляются на *абсолютныя и относительныя.*

Абсолютное право защищается противъ всѣхъ и каждаго, кто бы ни нарушилъ данное право, или иначе, всякое нарушеніе такого права порождаетъ притязаніе противъ нарушителя.

Относительное право охраняется только противъ опредѣленныхъ лицъ, или иначе, не всякое нарушеніе такого права порождаетъ притязаніе противъ нарушителя.

Наиболѣе рѣзко это различіе между абсолютными и относительными правами проявляется въ области гражданскаго и въ частности имущественно-гражданскаго права, гдѣ ему соотвѣтствуетъ различіе между вещными и обязательственными (или личными) правами. На этомъ различіи намъ необходимо будетъ остановиться подробнѣе.

§ 33. Различіе между вещными и обязательственными правами.

1) Различіе между вещными и обязательственными правами обыкновенно выводится изъ различія объектовъ и другихъ правъ. Именно, согласно общепринятому взгляду, объектомъ вещныхъ правъ являются вещи, а объектомъ обязательственныхъ правъ — дѣйствія обязаннаго лица, должника.

Изъ этого различія, говорятъ, вытекаетъ другое. Вещное право даетъ лицу непосредственное господство, непосредственную власть надъ вещью, оно поэтому и защищается противъ всѣхъ и каждаго, кто бы ни вздумалъ нарушить такое право. Напротивъ, обязательственное право даетъ только право требовать отъ должника совершенія извѣстныхъ дѣйствій, оно поэтому существуетъ только по отношенію къ должнику и только имъ и можетъ быть нарушено.

Съ этой теоріей нельзя согласиться. Насколько шатко основаніе ея, явствуетъ изъ того, что одни и тѣ же отношенія подводятся то подъ понятіе вещныхъ, то подъ понятіе обязательственныхъ или личныхъ правъ, смотря по тому, въ какихъ предѣлахъ по данному дѣйствующему праву пользуется защитой управомоченное лицо. Такъ напр. наемъ по римскому праву составляетъ обязательственное отношеніе, такъ какъ наниматель не пользуется защитой противъ третьихъ лицъ, а только противъ отдавшаго ему вещь въ наемъ, и въ частности, если отдавшій вещь въ наемъ продастъ ее затѣмъ другому лицу, то новый собственникъ можетъ лишить нанимателя этой вещи, и наниматель ничего противъ этого не можетъ сдѣлать, а можетъ только искать убытки со своего непосредственнаго контрагента. Напротивъ, по прусскому праву наемъ создаетъ для нанимателя вещное право, такъ какъ наниматель пользуется защитой противъ всѣхъ и каждаго, и въ частности, если отдавшій вещь въ наемъ продастъ ее другому лицу, то новый собственникъ впредь до истеченія срока найма не можетъ лишить нанимателя вещи. Слѣд. по римскому праву объектомъ права нанимателя являются дѣйствія отдавшаго вещь въ наемъ, а по прусскому праву — самая вещь, отданная въ наемъ. Еще болѣе любопытные результаты получаются, если мы обратимъ вниманіе на наемъ по Своду гражд. узак. губ. прибал-

тійскихъ. Здѣсь наемъ недвижимости порождаетъ вещное право, если о состоявшемся наймѣ будетъ сдѣлана отмѣтка въ крѣпостной книгѣ, въ которой записана недвижимость; въ противномъ случаѣ тотъ же наемъ порождаетъ только обязательственное отношеніе между заинтересованными лицами. Слѣд. объектомъ одного и того-же отношенія является то вещь, то дѣйствіе должника.

Ужъ одно это доказываетъ, что господствующая доктрина, связывающая различіе между вещными и обязательственными правами съ различіемъ въ объектахъ тѣхъ и другихъ, не можетъ быть признана правильною, ибо иначе, какъ явствуетъ изъ приведеннаго нами примѣра, объектомъ одного и того-же отношенія пришлось бы признавать то вещь, то дѣйствіе должника, смотря по тому, пользуется ли данное отношеніе абсолютной защитой противъ всѣхъ и каждаго, или только относительной защитой противъ опредѣленныхъ лицъ.

Что различіе объектовъ пользованія въ данномъ случаѣ не причемъ, это явствуетъ также изъ того, что кругъ вещныхъ или абсолютныхъ правъ не ограничивается только тѣми правами, которыя имѣютъ своимъ объектомъ вещи, а что къ нимъ причисляется также большинство семейственныхъ правъ, (какъ напр. право отцовской власти, которое также охраняется противъ всѣхъ и каждаго, кто бы ни вздумалъ посягнуть на него), а также многія публичныя права.

Словомъ, сообщеніе данному отношенію характера вещнаго или обязательственнаго права вполнѣ зависитъ отъ закона, который руководствуется при сообщеніи данному типу отношеній того или иного характера исключительно соображеніями практической пользы, а отнюдь не отвлеченными соображеніями о различіи объектовъ пользованія.

2) Примѣняя указанныя положенія спеціально къ обязательственнымъ правамъ, мы должны будемъ признать, что самыя разнородныя съ точки зрѣнія объекта пользованія отношенія могутъ быть признаны обязательственными правами.

Отсюда самъ по себѣ вытекаетъ конечно лишь тотъ выводъ, что опредѣленіе обязательственныхъ правъ, какъ правъ на чужія дѣйствія, слишкомъ узко.

Но мы идемъ дальше и утверждаемъ, что это опредѣленіе не только слишкомъ узко, но прямо *невѣрно*, ибо чужія дѣйствія вообще не могутъ служить объектами правъ, а только объектами охраняющихъ права притязаній. (См. выше, § 31).

Теорія, утверждающая, что объектомъ обязательственныхъ правъ являются дѣйствія, *смѣшиваетъ* обязательственное право съ охраняющимъ его притязаніемъ.

Дѣло въ томъ, что въ большинствѣ случаевъ отношеніе лица къ объекту пользованія, именуемое обязательственнымъ правомъ, проходитъ черезъ двѣ стадіи: на первой стадіи это есть отношеніе, открывающее лишь *въ будущемъ* возможность пользоваться даннымъ благомъ, которое пока находится еще въ рукахъ противной стороны, должника; на второй стадіи это есть отношеніе, дающее возможность пользоваться имъ *въ настоящемъ*. Напр. въ моментъ заключенія договора найма вещь, отдаваемая въ наемъ, обыкновенно находится еще у лица, отдающаго ее въ наемъ, такъ что наниматель въ этотъ моментъ пріобрѣтаетъ только юридически защищенную возможность пользоваться ею въ будущемъ; лишь впослѣдствіи, послѣ передачи ему вещи, онъ получаетъ возможность пользоваться ею въ настоящемъ.

Для того, чтобы обезпечить въ такихъ случаяхъ будущее доставленіе объекта пользованія, заинтересованному лицу дается притязаніе противъ лица, обязаннаго доставить этотъ объектъ. Это притязаніе возникаетъ *одновременно* съ самимъ обязательственнымъ правомъ на объектъ пользованія, и объектомъ его служитъ соотвѣтствующее дѣйствіе или рядъ дѣйствій должника. Вотъ это то притязаніе, возникающее одновременно съ обязательственнымъ правомъ, которое имъ охраняется, и смѣшивается съ самимъ правомъ.

ГЛАВА IV.

Условія возникновенія, измѣненія, перехода и прекращенія правъ.

§ 34. Общія положенія.

Мы видѣли, что право въ субъективномъ смыслѣ есть охраняемое посредствомъ самостоятельныхъ притязаній отношеніе лица къ объекту пользованія, которое даетъ лицу возможность пользоваться или распоряжаться этимъ объектомъ въ признанной объективнымъ правомъ формѣ.

Для того, чтобы въ данномъ конкретномъ случаѣ установилось

подобное отношеніе, требуется наличность цѣлаго ряда условій. цѣлаго ряда фактовъ. Другими словами, каждое субъективное право представляетъ собою результатъ сочетанія цѣлаго ряда фактовъ.

Такъ напр. для того, чтобы возникло конкретное право наслѣдованія въ лицѣ даннаго субъекта, требуется: смерть наслѣдодателя, наличность извѣстной имущественной массы, извѣстная связь между наслѣдодателемъ и наслѣдникомъ, установленная по закону или на основаніи юридической сдѣлки (завѣщанія или наслѣдственнаго договора), иногда сверхъ того принятіе наслѣдства со стороны даннаго лица и т. д. Для того, чтобы возникло конкретное избирательное право требуется, чтобы были назначены выборы, чтобы избиратель въ теченіи установленнаго закономъ срока проживалъ въ избирательномъ округѣ, чтобы было указано мѣсто и время производства выборовъ, и т. д.

Какіе собственно факты должны быть на лицо для того, чтобы данное право могло считаться возникшимъ, это опредѣляется объективнымъ правомъ.

Въ частности, слѣдуетъ различать факты, влекущіе за собою возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе правъ.

1) Право считается возникшимъ, разъ оно пріобрѣтено даннымъ лицомъ, т. е. разъ имѣются на лицо факты, при наличности которыхъ объективное права признаетъ данное лицо субъектомъ даннаго права (напр. право собственности на данный объектъ).

Право считается прекратившимся, разъ оно утрачено даннымъ лицомъ, т. е. разъ имѣются на лицо факты, при наличности которыхъ объективное права перестаетъ признавать данное лицо субъектомъ даннаго права.

Право считается измѣнившимся, разъ измѣнилось *содержаніе* его, т. е. разъ наступили факты, благодаря которымъ расширилась или подверглась ограниченіямъ признававшаяся до тѣхъ поръ за субъектомъ права возможность пользоваться или распоряжаться объектомъ права.

2) Если объектомъ права служитъ благо, не связанное непосредственно съ личностью обладателя его, оно конечно можетъ продолжать существовать, не смотря на прекращеніе права даннаго лица на него, (напр. если я бросаю принадлежащую мнѣ вещь или передаю ее другому лицу, то прекращается только мое право на нее, а самая вещь остается такою же, какою и была).

Въ такихъ случаяхъ въ лицѣ новаго субъекта, къ которому переходитъ благо, возможно возникновеніе права, *одинаковаго* по содержанію своему съ тѣмъ правомъ, которое имѣлъ на него прежній субъектъ.

Въ связи съ этимъ возникаетъ слѣдующій вопросъ: право предшественника не всегда бываетъ полнымъ; возможны случаи, когда наряду съ его правомъ на данный объектъ существуетъ болѣе обширное право другаго лица; напр. мой непосредственный предшественникъ, у котораго я купилъ вещь, не имѣлъ права собственности на нее, а получилъ ее только на храненіе, или во временное пользованіе, или укралъ ее и т. д. Тутъ возникаетъ вопросъ: можетъ ли пріобрѣсти новый пріобрѣтатель болѣе сильное право, чѣмъ какое имѣлъ его предшественникъ на данный объектъ, напр. могу ли я пріобрѣсти право собственности на данную вещь, хотя мой предшественникъ не имѣлъ этого права.

На это нужно дать такой отвѣтъ: по общему правилу новый пріобрѣтатель не можетъ пріобрѣсти болѣе обширнаго по объему права на вещь, чѣмъ какое имѣлъ его предшественникъ; напр. если я купилъ данную вещь у несобственника, то и самъ не становлюсь собственникомъ ея.

Вполнѣ послѣдовательное проведеніе такого правила связано однако съ цѣлымъ рядомъ практическихъ неудобствъ. Въ виду этого во всякой правовой системѣ встрѣчаются изъятія изъ него.

Эти изъятія могутъ быть сведены къ двумъ главнымъ группамъ: 1) въ однихъ случаяхъ возникновеніе въ лицѣ преемника болѣе полнаго права на данный объектъ, чѣмъ какое имѣлъ предшественникъ, совпадаетъ съ самымъ моментомъ пріобрѣтенія этого блага новымъ субъектомъ его; такъ напр. въ ст. 923 Свода мѣстн. узак. губ. прибалт. содержится слѣдующее правило: «искъ о собственности не имѣетъ мѣста, когда движимая вещь, которую ея собственникъ *добровольно ввѣрилъ* постороннему лицу, отдачею ему въ ссуду, на сохраненіе, въ залогъ или инымъ образомъ, будетъ этимъ постороннимъ передана во владѣніе третьему лицу. Въ этомъ случаѣ допускается только личный искъ къ тому, къ кому собственникъ ввѣрилъ свою вещь, но отнюдь не къ третьему, *добросовѣстному* владѣльцу». Другими словами, въ указанныхъ въ ст. 923 случаяхъ третье лицо, которое пріобрѣло вещь у несобственника, считая его за собственника, пріобрѣтаетъ непосредственно право собственности

на вещь, хотя его предшественникъ и не имѣлъ этого права. 2) Въ другихъ случаяхъ преемникъ пріобрѣтаетъ полное право на вещь по истеченіи опредѣленнаго срока времени, въ силу, т. н., пріобрѣтательной давности.

Поскольку примѣняется вышеуказанное общее правило, т. е. поскольку право преемника на данный объектъ обусловлено правомъ предшественника его, пріобрѣтеніе права называется *производнымъ*. Отношеніе новаго пріобрѣтателя къ своему предшественнику называется *преемствомъ правъ*.

Въ частности, различаютъ *полное и частное преемство правъ*. Преемство бываетъ частное, когда переходитъ отдѣльный объектъ или отдѣльные объекты отъ одного лица къ другому; преемство бываетъ полнымъ, когда переходитъ цѣлая совокупность отношеній. напр. цѣлое имущество отъ одного лица къ другому.

§ 35. О юридическихъ фактахъ и въ частности о дѣйствіяхъ.

Всѣ положительные и отрицательные факты, влекущіе за собою порознь взятыя или въ связи съ другими фактами, извѣстныя юридическія послѣдствія, называются юридическими фактами.

Юридическіе факты распадаются на двѣ категоріи: 1) на дѣйствія лицъ, и 2) на факты иного рода, какъ-то: рожденіе и смерть лица, истеченіе срока, и т. д.

Юридическое значеніе фактовъ втораго рода весьма различное и установить въ этомъ отношеніи сколько нибудь общіе руководящіе принципы трудно, мы поэтому на нихъ не будемъ останавливаться, а обратимъ вниманіе только на первый родъ юридическихъ фактовъ, на дѣйствія лицъ.

1) *Понятіе и главные виды дѣйствій.*

а) Люди, поскольку они сознательно преслѣдуютъ тѣ или другія цѣли, въ каждомъ данномъ случаѣ имѣютъ выборъ между большимъ или меньшимъ числомъ средствъ, какими именно—это подсказываетъ имъ ихъ опытъ.

Сознательная психическая дѣятельность, заключающаяся въ избраніи опредѣленнаго средства (или опредѣленнаго ряда средствъ) и въ стремленіи къ достиженію его, именуется *волею*, а внѣшній по-

казатель, внѣшній критерій, по которому мы судимъ о наличности и направленія воли лица,—*дѣйствіемъ*.

И такъ, *дѣйствіе есть внѣшній показатель воли лица*, или, какъ обыкновенно, хотя и неточно, выражаются, внѣшняя форма проявленія воли.

Дѣйствіе въ этомъ смыслѣ противополагается рефлекторнымъ и инстинктивнымъ *движеніямъ*, не сопровождающимся сознательными внутренними процессами.

Воля, направленная на сознательную дѣятельность вовнѣ, въ каждомъ данномъ случаѣ предполагаетъ: a) представленіе о конечной *цѣли*, которую лицо желаетъ достигнуть: она, эта конечная цѣль, является *побудительнымъ мотивомъ* его дѣятельности; b) представленіе о тѣхъ внѣшнихъ *объектахъ*, на которые должна быть направлена дѣятельность человѣка для достиженія намѣченной имъ цѣли, и выборъ одного изъ нихъ; c) представленіе о пригодныхъ для даннаго случая *дѣйствіяхъ* и выборъ одного изъ нихъ.

Какія лицо ставитъ себѣ цѣли, и какіе оно для достиженія ея избираетъ объекты и дѣйствія, это зависитъ конечно въ каждомъ данномъ случаѣ отъ умственнаго и нравственнаго склада личности, отъ чувствъ и мыслей, которыми оно руководится, и отъ окружающихъ его внѣшнихъ условій.

И такъ, въ каждомъ данномъ случаѣ слѣдуетъ различать: 1) самое дѣйствіе лица, какъ внѣшній показатель его воли; 2) побудительный мотивъ къ совершенію дѣйствія или конечную субъективную цѣль его, и 3) внѣшній объектъ или объективный результатъ, на который дѣйствіе направлено и который является средствомъ для достиженія конечной цѣли.

Пояснимъ сказанное примѣромъ. Положимъ, у меня является стремленіе познакомиться съ какимъ нибудь спеціальнымъ вопросомъ, напр. съ ученіемъ о юридическихъ дѣйствіяхъ. Представленіе объ этомъ, интересующемъ меня вопросѣ, въ связи съ стремленіемъ познакомиться съ нимъ ближе, составляетъ побудительный мотивъ всей дальнѣйшей моей дѣятельности, направленной на достиженіе намѣченной цѣли.

Указанное представленіе вызываетъ въ моемъ умѣ представленіе о разныхъ книгахъ, могущихъ служить для удовлетворенія моего желанія; я останавливаюсь на одной какой нибудь изъ нихъ и рѣшаюсь добыть ее. Достать эту книгу—вотъ объективный резуль-

татъ, къ которому я стремлюсь. Надо рѣшить, какимъ образомъ добыть эту книгу, какое дѣйствіе предпринять для этого. Болѣе или менѣе ясно я представляю себѣ, что могу взять ее у кого-нибудь на время, могу ее купить, украсть и т. д.

Изъ этихъ возможныхъ дѣйствій я останавливаюсь, положимъ, на покупкѣ книги, какъ наиболѣе подходящемъ. Послѣ этого остается только привести мое намѣреніе въ исполненіе, совершить то дѣйствіе (покупку книги), которое избрано мною въ настоящемъ случаѣ.

Конечно, это только общая схема. На самомъ дѣлѣ процессъ, который мы попытались пояснить при помощи нашего примѣра, гораздо сложнѣе, выражается не въ одномъ дѣйствіи, а въ цѣломъ рядѣ дѣйствій; напр. чтобы выбрать ту книгу, которая представляется наиболѣе подходящей для моей цѣли, я обыкновенно буду вынужденъ навести справки, обратиться за совѣтомъ къ другимъ лицамъ и т. д.; чтобы пріобрѣсти книгу, на которой я въ концѣ концовъ остановился, мнѣ нужно отправиться въ книжный магазинъ, и т. д.

Каждое изъ этихъ подготовительныхъ дѣйствій въ свою очередь имѣетъ свой спеціальный побудительный мотивъ и направлено на опредѣленный объективный результатъ, причемъ соотношеніе между всѣми этими дѣйствіями выражается въ томъ, что представленіе о каждомъ послѣдующемъ дѣйствіи является побудительнымъ мотивомъ для совершенія предшествующаго, а объективный результатъ, достигаемый предшествующимъ, является условіемъ для совершенія послѣдующаго дѣйствія.

Но этимъ конечно дѣло по существу не измѣняется.

b) Установивъ общее понятіе дѣйствія и выяснивъ соотношеніе между дѣйствіемъ, побудительнымъ мотивомъ его и объективнымъ результатомъ, на который оно направлено, мы должны теперь указать главные *виды дѣйствій*.

aa) Въ этомъ отношеніи необходимо прежде всего замѣтить, что дѣйствія подраздѣляются на *положительныя* и *отрицательныя* или *дѣйствія въ тѣсномъ смыслѣ* и *упущенія*.

На первый взглядъ можетъ конечно показаться страннымъ, какъ это можно подводить подъ понятіе дѣйствій и упущенія. Вѣдь упущеніе предполагаетъ какъ разъ бездѣйствіе лицъ. Но если вникнуть ближе въ дѣло, эта странность легко устраняется. Мы ска-

зали, что дѣйствіе есть внѣшній показатель воли лица. Ежедневный опытъ показываетъ, что люди проявляютъ свою волю не только активнымъ воздѣйствіемъ на окружающую обстановку, но и молчаливымъ протестомъ противъ предъявляемыхъ къ нимъ требованій, не дѣлая того, чего отъ нихъ по обстоятельствамъ дѣла можно ожидать. *Несовершеніе того, чего можно было ожидать отъ лица на основаніи тѣхъ или другихъ данныхъ, и есть упущеніе.*

И такъ, упущеніе не есть полное бездѣйствіе, а такое *поведеніе* лица, которое даетъ основаніе вывести заключеніе о нежеланіи его совершить *опредѣленное* дѣйствіе, и въ этомъ смыслѣ упущеніе съ такимъ же основаніемъ можетъ быть названо внѣшнимъ показателемъ воли лица, какъ и активное дѣйствіе.

bb). Затѣмъ нужно различать дѣйствія, сами по себѣ юридически безразличныя, и дѣйствія, сами по себѣ могущія пріобрѣсти опредѣленное юридическое значеніе, или проще дѣйствія юридическія.

Юридически безразличными называются дѣйствія, которыя сами по себѣ не влекутъ за собою юридическихъ послѣдствій (напр. приглашеніе на обѣдъ, обѣщаніе дружбы).

Юридическими дѣйствіями называются такія, съ которыми *при нормальныхъ условіяхъ* связываются совершенно опредѣленныя юридическія послѣдствія (напр. кража, покупка и т. д.). Они подраздѣляются на двѣ главныя категоріи: на дѣйствія *правомѣрныя* и *неправомѣрныя*.

2) *Общія условія юридическихъ дѣйствій.*

Для того, чтобы въ данномъ конкретномъ случаѣ юридическое дѣйствіе повлекло за собою тѣ юридическія послѣдствія, которыя при нормальныхъ условіяхъ съ нимъ связаны, (напр. для того, чтобы заключенный между контрагентами договоръ давалъ право требовать исполненія его, или для того, чтобы за кражу лицо подверглось отвѣтственности), требуется наличность опредѣленныхъ условій.

а) Прежде всего лицо, совершающее данное дѣйствіе, должно пользоваться надлежащей *дѣеспособностью*, т. е. объективное право должно признавать за нимъ способность совершать юридически обязательныя для него и для другихъ лицъ дѣйствія. Въ противномъ случаѣ дѣйствіе не имѣетъ юридическаго значенія. Такъ напр. обязательство, заключенное малолѣтнимъ или умалишеннымъ, не

даетъ права требовать исполненія его; кража, совершенная такимъ лицомъ, не влечетъ за собою уголовнаго преслѣдованія, и т. д.

b) Кромѣ того, по общему правилу требуется *соотвѣтствіе между волей и дѣйствіемъ*, или точнѣе, требуется, чтобы дѣйствіе лица и объективный результатъ, къ которому оно привело, въ *существенныхъ* пунктахъ соотвѣтствовали истинной волѣ лица, т. е. тѣмъ *представленіямъ*, которыя оно имѣло о совершаемомъ имъ дѣйствіи и о достигаемомъ при помощи него результатѣ.

Разъ такого соотвѣтствія нѣтъ, т. е. разъ лицо не желало совершить то дѣйствіе, которое оно на самомъ дѣлѣ совершило, или не желало достиженія того объективнаго результата, къ которому его дѣйствіе на самомъ дѣлѣ привело, и *разъ это касается пункта, существеннаго съ точки зрѣнія интересовъ самого лица, или съ точки зрѣнія интересовъ оборота, или съ точки зрѣнія законодателя*, то дѣйствіе лица по общему правилу или лишается всякаго юридическаго значенія, или нормальныя юридическія послѣдствія его замѣняются иными.

Такъ напр., если данное лицо подписало подсунутую ему бумагу, думая, что это дѣловой рапортъ, тогда какъ это долговая росписка, то никакого обязательства не возникаетъ; или если актеръ на сценѣ въ роли вора вытаскиваетъ платокъ изъ кармана своего партнера, то противъ него не возбуждается конечно уголовнаго преслѣдованія, и т. д.

c) Въ заключеніе замѣтимъ, что кромѣ несоотвѣтствія между волей и дѣйствіемъ въ указанномъ выше смыслѣ возможно также несоотвѣтствіе между достигнутымъ лицомъ объективнымъ результатомъ и той конечной цѣлью, ради которой лицо добивалось этого результата. Такое несоотвѣтствіе само по себѣ не имѣетъ юридическаго значенія. Другими словами, недостиженіе лицомъ конечной цѣли, которую оно преслѣдовало въ своихъ дѣйствіяхъ, не измѣняетъ нормальныхъ юридическихъ послѣдствій дѣйствія. Такъ напр., если я купилъ книгу, ожидая найти въ ней указанія по интересующему меня вопросу, и эти ожиданія не оправдались, такъ что конечная цѣль, къ которой я стремился при покупкѣ книги и которая послужила для меня побудительнымъ мотивомъ купить ее, не осуществилась, я не могу потребовать отъ книгопродавца, чтобъ онъ взялъ книгу назадъ и возвратилъ мнѣ уплаченныя за нее деньги. Или если я укралъ какую нибудь вещь для спеціальной

надобности и она оказалась непригодной для этой цѣли, то это нисколько не ослабляетъ отвѣтственности за кражу.

Изъ сказаннаго не слѣдуетъ однако, чтобы и самый *характеръ* побудительныхъ мотивовъ, а равно *условія*, при которыхъ у даннаго лица возникъ тотъ или иной побудительный мотивъ, не имѣли юридическаго значенія. Такъ напр., въ области уголовнаго права въ цѣломъ рядѣ случаевъ обращается вниманіе на то, совершено ли данное преступленіе, напр., убійство, съ корыстной цѣлью, или изъ мести и т. д.

Съ другой стороны, какъ въ области уголовнаго, такъ и въ области гражданскаго права обращаютъ вниманія на условія, при которыхъ возникъ тотъ или иной побудительный мотивъ у даннаго лица: въ частности, юридическая оцѣнка дѣйствія измѣняется, если оно было вызвано угрозами или обманнымъ образомъ дѣйствія другаго лица.

Болѣе подробное развитіе намѣченныхъ здѣсь общихъ началъ входитъ уже въ задачу спеціальныхъ юридическихъ наукъ.

3) *Главные виды правомѣрныхъ и неправомѣрныхъ юридическихъ дѣйствій.*

а) Главными видами правомѣрныхъ юридическихъ дѣйствій являются *юридическія сдѣлки* и *правительственные акты*. Послѣдніе въ свою очередь распадаются на *административныя распоряженія* и *судебныя опредѣленія*.

Подробное ученіе о всѣхъ этихъ видахъ дозволенныхъ дѣйствій опять таки входитъ въ задачу спеціальныхъ юридическихъ наукъ.

Мы ограничимся лишь указаніемъ на нѣкоторые, наиболѣе существенные пункты.

аа) Общая черта юридическихъ сдѣлокъ и правительственныхъ актовъ заключается въ томъ, что и тѣ и другіе суть *распорядительные акты*. Акты пользованія въ тѣсномъ смыслѣ не подходятъ ни подъ понятіе юридическихъ сдѣлокъ, ни подъ понятіе правительственныхъ актовъ.

bb) Засимъ, различіе между тѣми и другими обыкновенно формулируется такимъ образомъ, что юридическія сдѣлки суть *частные* распорядительные акты, (или частныя волеизъявленія, какъ чаще выражаются), а правительственные акты суть акты, совершаемые *должностными лицами*.

Это неправильно. Съ одной стороны, юридическія сдѣлки мо-

гутъ быть заключаемы и съ правительственными учрежденіями, (напр. военное вѣдомство заключаетъ съ кѣмъ нибудь договоръ о подрядѣ, поставкѣ матеріаловъ и т. д.); съ другой стороны, извѣстные правительственные акты, какъ напр., принятіе на службу, нуждаются въ участіи частныхъ лицъ.

Въ дѣйствительности основное различіе между частными и правительственными актами заключается въ томъ, что юридическими сдѣлками называются распорядительные акты, регулируемые нормами *гражданскаго права*, а правительственными актами—распорядительные акты, регулируемые нормами *публичнаго* права.

cc) Какъ для юридическихъ сдѣлокъ, такъ и для правительственныхъ актовъ весьма важное значеніе имѣетъ вопросъ о внѣшней *формѣ* ихъ.

Въ этомъ отношеніи нужно замѣтить, что въ настоящее время для дѣйствительности правительственныхъ актовъ всегда требуется соблюденіе опредѣленныхъ формальностей.

Что касается юридическихъ сдѣлокъ, то на извѣстной ступени правового развитія и здѣсь требуется соблюденіе опредѣленной внѣшней формы дло каждаго типа сдѣлокъ. Но по мѣрѣ развитія оборота начинаютъ отказываться отъ этого требованія для все болѣе возрастающаго ряда сдѣлокъ. Въ настоящее время общее правило таково, что сдѣлка дѣйствительна, въ какой бы формѣ она ни была выражена. Однако, изъ этого общаго правила допускается цѣлый рядъ исключеній; такъ, въ особенности для сдѣлокъ семейственно-правныхъ, для сдѣлокъ, касающихся недвижимостей, и для завѣщательныхъ распоряженій требуется соблюденіе опредѣленныхъ формальностей.

Въ связи съ этимъ получаетъ важное значеніе различіе между *формальными* и *неформальными* сдѣлками. Формальными называются сдѣлки, которыя дѣйствительны только подъ условіемъ соблюденія *опредѣленной* формы; неформальными такія, при которыхъ безразлично, въ какой формѣ онѣ выражены.

b) Главными видами неправомѣрныхъ дѣйствій являются *уголовныя преступленія* съ одной стороны и *гражданскія правонарушенія* съ другой.

aa) Различіе это покоится опять таки на томъ, регулируются ли послѣдствія неправомѣрнаго дѣйствія нормами гражданскаго или уголовнаго права.

Правда, для большинства случаевъ можно указать и на другой критерій различія: гражданскія правонарушенія предполагаютъ, что потерпѣвшему причиненъ имущественный *убытокъ*, и они влекутъ за собою *обязанность виновнаго вознаградить* потерпѣвшаго за причиненный ему убытокъ. Напротивъ, уголовнымъ преступленіемъ можетъ считаться и такое дѣйствіе лица, которое не причинило никакого убытка другому лицу (напр. *покушеніе* на убійство или на кражу), а юридическія послѣдствія преступленія состоятъ въ *наказаніи* виновнаго.

Но дѣло въ томъ, что и гражданскія правонарушенія могутъ повлечь за собою наложеніе штрафа на виновнаго и даже при извѣстныхъ условіяхъ повести къ личному задержанію его (напр., въ случаѣ несостоятельности).

bb) При оцѣнкѣ неправомѣрнаго дѣйствія нерѣдко весьма важное значеніе имѣетъ вопросъ о *степени виновности* лица, совершившаго неправомѣрное дѣйствіе.

Въ этомъ отношеніи проводится коренное различіе между *умысломъ* и *неосторожностью*.

Объ умыслѣ говорятъ въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо сознательно и намѣренно совершило данное неправомѣрное дѣйствіе.

О неосторожности говорятъ въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо совершило данное неправомѣрное дѣйствіе противъ своей воли, но благодаря отсутствію достаточной осмотрительности съ его стороны.

Ближайшее развитіе этихъ понятій и указаніе значенія ихъ въ области уголовнаго и гражданскаго права выходитъ уже за предѣлы нашей задачи.

ГЛАВА V.

Осуществленіе и защита правъ.

§ 36. Осуществленіе правъ.

1) Всякое субъективное право даетъ управомоченному лицу возможность совершенія извѣстныхъ дѣйствій. *Осуществленіе права заключается въ совершеніи тѣхъ дѣйствій, изъ которыхъ складывается содержаніе даннаго права.*

Обыкновенно учатъ, что надо различать двѣ категоріи правъ: одни допускаютъ болѣе или менѣе продолжительное, непрерывное осуществленіе, а при другихъ полное осуществленіе права ведетъ къ прекращенію его.

Это различіе проводится главнымъ образомъ въ примѣненіи къ частнымъ правамъ, при чемъ оно отождествляется съ различіемъ между *вещными* и *личными* правами.

Съ этимъ различіемъ нельзя согласиться: утвержденіе, что личныя или обязательственныя права прекращаются въ случаѣ полнаго осуществленія ихъ, основано на ложномъ предположеніи, что объектомъ личныхъ правъ являются дѣйствія должника.

На самомъ дѣлѣ надо различать не двѣ категоріи правъ, а *права и притязанія*. Всякое субъективное право, какъ охраняемое самостоятельными притязаніями отношеніе къ извѣстному объекту пользованія, само по себѣ даетъ возможность непрерывнаго, продолжительнаго осуществленія его. Только притязанія, будучи направлены на извѣстное дѣйствіе обязаннаго лица, прекращаются въ случаѣ совершенія должникомъ требуемыхъ отъ него дѣйствій.

2) Весьма важное значеніе имѣетъ дѣленіе правъ на права, которыя могутъ быть осуществляемы только *лично* самимъ управомоченнымъ лицомъ, и права, которыя могутъ быть осуществляемы и *чрезъ представителей*.

а) Необходимо различать два основныхъ типа представительства: именно представительство въ *пользованіи* и представительство въ *распоряженіи*.

Обыкновенно на первый видъ представительства не обращаютъ никакого вниманія, игнорируютъ его самостоятельное значеніе. Это неправильно, такъ какъ съ одной стороны самый фактъ существованія подобнаго представительства не подлежитъ сомнѣнію, а съ другой стороны оно подчиняется совершенно инымъ нормамъ, чѣмъ представительство въ распоряженіи.

Представительство въ пользованіи встрѣчается какъ въ сферѣ частнаго, такъ и въ сферѣ публичнаго права. Сущность его заключается въ томъ, что данный актъ (или рядъ актовъ) пользованія совершается не самимъ субъектомъ права, а его представителемъ.

Въ сферѣ частнаго права подобное представительство встрѣчается въ особенности въ примѣненіи къ т. н. реальнымъ сервитутамъ. Реальнымъ сервитутомъ называется связанное съ обладаніемъ дан-

нымъ (господствующимъ) участкомъ вещное право пользованіе сосѣднимъ (служащимъ) участкомъ (напр. право прохода, право проѣзда, право водопоя и т. п.). Сохраненіе подобныхъ вещныхъ правъ пользованія обусловлено обыкновенно фактическимъ осуществленіемъ ихъ: продолжительное неосуществленіе такого права по общему правилу ведетъ къ прекращенію его, (напр. если собственникъ господствующаго участка въ теченіе опредѣленнаго числа лѣтъ не будетъ пользоваться своимъ правомъ прохода по служащему участку, онъ можетъ быть признанъ утратившимъ свое право).

Въ виду этого для собственника очень важно, что онъ можетъ осуществлять свое право пользованія не только лично, но и чрезъ представителя, причемъ представителемъ признается не только тотъ, кто осуществляетъ это право въ интересахъ и отъ имени собственника, но также всякій владѣлецъ господствующаго участка, даже тотъ, кто не знаетъ вовсе, что собственникомъ участка состоитъ другое лицо.

Въ области публичнаго права такое значеніе имѣетъ напр. право пользованія государственнымъ гербомъ, почетными титулами и т. п., присвоенное главѣ государства въ качествѣ представителя государства.

И подобныя права могутъ быть утрачены въ случаѣ продолжительнаго неосуществленія ихъ. И здѣсь для сохраненія за государствомъ права на данный государственный гербъ, на титулъ имперіи, королевства и т. д. считается достаточнымъ, если эти права будутъ осуществляться тѣмъ, кто является фактически главою государства, безотносительно къ тому, будетъ ли это законный глава государства или узурпаторъ.

Изъ приведенныхъ примѣровъ явствуетъ какъ практическое значеніе, такъ и юридическія особенности представительства въ пользованіи:

Практическое значеніе этого института заключается въ томъ, что, благодаря осуществленію права пользованія черезъ представителя, субъектъ права сохраняетъ свое право пользованія, хотя самъ и не осуществляетъ его.

Юридическія особенности этого института заключаются въ томъ, что представителемъ считается всякій, кто *фактически* осуществляетъ данное право пользованія, какъ таковое, хотя бы онъ дѣйствовалъ въ собственномъ интересѣ и хотя бы это было даже лицо недѣеспособное.

Въ заключеніе надо замѣтить, что далеко не относительно всѣхъ правъ допускается представительство въ пользованіи; оно не допускается напр. въ примѣненіи къ брачнымъ правамъ.

b) Совсѣмъ иное значеніе имѣетъ *представительство въ распоряженіи.*

Сущность его заключается въ томъ, что данный распорядительный актъ, напр. заключеніе юридической сдѣлки, изданіе административнаго распоряженія и т. д. совершается не самимъ субъектомъ права, а представителемъ.

Юридическое значеніе такого представительства заключается въ томъ, что всѣ юридическія послѣдствія, связанныя съ совершеніемъ даннаго распорядительнаго акта, отражаются исключительно на томъ лицѣ, отъ имени котораго дѣйствовалъ представитель, т. е. на субъектѣ правъ, а не на представителѣ.

Для этого требуется однако наличность слѣдующихъ условій: 1) субъектъ права долженъ обладать надлежащей *правоспособностью,* напр. долженъ имѣть право пріобрѣсти данную вещь въ собственность; 2) представитель долженъ обладать надлежащей *дѣеспособностью,* напр. не долженъ быть малолѣтнимъ, умалишеннымъ и т. д.; 3) представитель, по общему правилу, долженъ совершить данный актъ *отъ имени самого субъекта права;* напр., если кто нибудь купилъ вещь хотя бы и въ чужомъ интересѣ, но отъ собственнаго имени, то юридическія послѣдствія сдѣлки, право требовать исполненія ея и обязанность исполнить ее, лежатъ на немъ же, а не на лицѣ, въ интересахъ котораго онъ дѣйствовалъ; 4) наконецъ, представитель долженъ быть *уполномоченъ* на совершеніе распорядительнаго акта; въ противномъ случаѣ актъ не имѣетъ юридическаго значенія. Впрочемъ, допускается и *послѣдующее утвержденіе* дѣйствій неуполномоченнаго или не надлежаще уполномоченнаго представителя со стороны самого субъекта правъ или другихъ, имѣющихъ подобное право утвержденія, лицъ.

Въ частности полномочія представителя могутъ быть основаны на *спеціальномъ постановленіи закона,* (какъ напр. полномочія опекуновъ, попечителей, должностныхъ лицъ), или на *уставѣ* юридическаго лица, представителемъ котораго выступаетъ данное лицо, или на *порученіи* или довѣренности самого заинтересованнаго лица, отъ имени котораго представитель выступаетъ. Полномочія могутъ быть конечно болѣе или менѣе обширныя.

3) Въ заключеніе необходимо замѣтить, что бываютъ случаи, когда нѣсколько лицъ заявляютъ одновременно право на одинъ и тотъ же объектъ, или на одни и тѣ же объекты.

Въ такихъ случаяхъ можетъ возникнуть т. н. *коллизія или столкновеніе правъ*, т. е. полное осуществленіе своего права однимъ изъ заинтересованныхъ лицъ можетъ привести къ полному прекращенію или къ ограниченію правъ другихъ.

Относящіеся сюда случаи раздѣляются на двѣ категоріи.

a) Когда коллидируетъ болѣе сильное право съ менѣе сильнымъ, то отдается предпочтеніе болѣе сильному праву. Напр., если одно лицо является собственникомъ вещи, а другое—добросовѣстнымъ владѣльцемъ ея, то предпочтеніе отдается праву собственности.

b) Когда коллидируютъ *равныя* права, то либо отдается предпочтеніе тому лицу, которое *раньше* успѣло осуществить свое право, (напр. если два государства посылаютъ эскадры для завладѣнія вновь открытымъ островомъ, то островъ переходитъ къ тому изъ нихъ, эскадра котораго раньше завладѣетъ имъ), либо каждое изъ заинтересованныхъ лицъ обязано удовольствоваться *частичнымъ осуществленіемъ* своего права (какъ напр. въ случаѣ открытія конкурса надъ имуществомъ несостоятельнаго должника, вслѣдствіе чего каждый изъ кредиторовъ получаетъ уплату не полностью, а въ размѣрѣ напр. 20, 50% и т. п.), либо бросается *жребій*.

§ 37. Защита правъ.

1) Нерѣдко сами заинтересованныя лица принимаютъ мѣры защиты противъ нарушенія своихъ правъ.

Въ этомъ отношеніи необходимо различать *самооборону* и *самоуправство*.

Самооборона есть самовольное *отраженіе* чужаго неправомѣрнаго нападенія; самоуправство есть самовольное *нападеніе* одного лица на другое съ цѣлью возстановленія такого положенія вещей, которое соотвѣтствовало бы дѣйствительному или воображаемому праву лица, совершающаго нападеніе.

Такимъ образомъ, самооборона есть *оборонительное*, а самоуправство-*наступательное* средство защиты нарушеннаго права.

Юридическое значеніе самообороны и самоуправства далеко не

одинаковое. Тогда какъ самооборона по общему правилу считается дозволенной, самоуправство напротивъ по общему правилу считается недозволеннымъ, наказуемымъ.

Но такой отрицательный взглядъ на самоуправство предполагаетъ конечно надлежащее развитіе судебныхъ формъ защиты правъ. Поэтому онъ и могъ быть послѣдовательно проведенъ только съ тѣхъ поръ, какъ окончательно окрѣпла организованная судебная защита правъ. Напротивъ, пока ея не существовало, или пока судебная охрана правъ находилась еще въ болѣе или менѣе зачаточномъ состояніи, самоуправство играло весьма важную роль въ исторіи правовой жизни народовъ.

Оно и до сихъ поръ сохранило весьма важное значеніе въ сферѣ международныхъ отношеній, въ столкновеніяхъ между отдѣльными государствами.

2) Нормальнымъ порядкомъ защиты нарушенныхъ правъ является въ настоящее время *обращеніе въ судъ*.

Въ частности, въ случаѣ нарушенія частнаго права, потерпѣвшій обращается въ гражданскій судъ; въ случаѣ нарушенія публичнаго права—въ административный судъ.

Подробности организаціи гражданскихъ и административныхъ судовъ и порядка производства въ нихъ излагаются въ соотвѣтствующихъ специальныхъ юридическихъ наукахъ.

ОТДѢЛЪ IV.

Примѣненіе права.

§ 38. Общая задача примѣненія права.

1) Задача юридическихъ нормъ заключается въ томъ, чтобы регулировать подчиненныя имъ отношенія. Но для того, чтобы это дѣйствительно имѣло мѣсто, для того, чтобы юридическія нормы дѣйствительно имѣли практическое значеніе, необходимо, чтобы онѣ дѣйствительно примѣнялись къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ, для которыхъ онѣ установлены.

Окончательное разрѣшеніе вопроса о томъ, какія нормы должны быть примѣняемы въ данномъ конкретномъ случаѣ ~~нормы,~~ при нормальныхъ условіяхъ, возлагается на судебныя мѣста.

2) Задача суда въ данныхъ случаяхъ двоякая: 1) онъ долженъ установить *фактическій составъ* даннаго отношенія, т. е. разложить его на составные его элементы, опредѣлить факты, съ которыми въ данномъ случаѣ приходится считаться, и 2) подвести это отношеніе подъ соотвѣтствующія нормы, которыя имѣютъ быть примѣнены къ нему.

Въ первомъ отношеніи судъ въ однихъ случаяхъ (при разрѣшеніи уголовныхъ дѣлъ) самъ обязанъ заботиться о собираніи матерьяловъ для выясненія фактической природы разбираемаго имъ отношенія, а въ другихъ случаяхъ (при разрѣшеніи гражданскихъ споровъ) эта задача возлагается на самихъ непосредственно заинтересованныхъ лицъ.

Во второмъ отношеніи отъ суда требуется *знаніе юридическихъ нормъ*.

Послѣднее требованіе на практикѣ не можетъ быть безусловно проведено. Дѣйствительно, не рѣдко возникаютъ вопросы о примѣненіи иноземныхъ нормъ и нормъ обычнаго права. Въ такихъ случаяхъ предоставляется суду право привлечь къ участію и заинтересованныхъ лицъ и требовать отъ нихъ представленіе доказательствъ въ пользу существованія той или другой иноземной нормы или мѣст-

наго обычая, разъ онъ не располагаетъ другими средствами для установленія существованія подобной нормы.

3) Такова общая задача суда. Въ частности для того, чтобы судъ могъ положить данную норму въ основаніе судебнаго рѣшенія, необходимо установить: а) фактъ существованія самой нормы, в) то обстоятельство, что данное отношеніе подчиняется дѣйствію данной нормы, и с) смыслъ нормы.

Дѣятельность, направленная на констатированіе существованія данной нормы, называется *критикой*. Дѣятельность, направленная на установленіе смысла нормы, называется *толкованіемъ*.

Намъ предстоитъ теперь разсмотрѣть подробнѣе, въ чемъ заключается критика и толкованіе юридическихъ нормъ.

Что касается вопроса о томъ, подлежитъ ли данное отношеніе дѣйствію данной нормы, то онъ рѣшается на основаніи данныхъ, изложенныхъ выше, въ главѣ о дѣйствіи юридическихъ нормъ по времени, мѣсту и лицамъ.

§ 39. Установленіе существованія юридическихъ нормъ (критика).

Задача критики заключается въ установленіи существованія подлинности данной нормы.

Различаютъ *высшую* и *низшую* критику.

1) Высшая критика состоитъ въ установленіи существованія данной нормы *въ цѣломъ*.

а) Въ этомъ отношеніи нельзя не замѣтить, что труднѣе всего бываетъ на практикѣ установленіе существованія нормъ обычнаго права. Существованіе ихъ познается изъ непосредственнаго наблюденія соблюдаемыхъ обычаевъ, изъ юридическихъ пословицъ, изъ показаній свѣдущихъ людей, изъ сборниковъ обычаевъ и наконецъ изъ судебныхъ рѣшеній, основанныхъ на обычномъ правѣ.

b) Что касается другихъ нормъ и въ частности законовъ и судебныхъ рѣшеній, то здѣсь вопросъ о самомъ существованіи данной нормы обыкновенно можетъ быть разрѣшенъ простой ссылкой на офиціальное изданіе, въ которомъ помѣщенъ текста закона или судебнаго рѣшенія.

Но за то здѣсь возникаетъ, въ особенности въ примѣненіи къ

законамъ, а также къ указамъ органовъ исполнительной власти, вопросъ о закономѣрности ихъ; такъ напр. можетъ оказаться, что хотя данный актъ при обнародованіи его и названъ закономъ, но что онъ тѣмъ не менѣе не былъ изданъ законодательнымъ порядкомъ, или что данный указъ состоялся по предмету, который можетъ быть нормированъ не иначе, какъ закономъ, и т. п. Въ такихъ случаяхъ судъ конечно не долженъ примѣнять такую явно незаконную норму, если только (что иногда бываетъ) его право оцѣнки закономѣрности юридическихъ нормъ и въ частности законовъ не ограничено спеціальнымъ закономъ.

2) Низшая или дипломатическая критика состоитъ въ установленіи подлинности отдѣльныхъ словъ и выраженій, встрѣчающихся въ юридической нормѣ. Такъ напр. при изданіи закона могли быть допущены опечатки, неправильная разстановка знаковъ препинанія и т. д.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда приходиться имѣть дѣло съ рукописнымъ матерьяломъ, дѣло значительно осложняется. Отдѣльныя рукописи могутъ расходиться между собою; возникаетъ вопросъ: которой изъ нихъ слѣдуетъ отдать предпочтеніе (т. н. сравнительная критика). Иногда въ такихъ случаяхъ можетъ сложиться убѣжденіе, что подлинный текстъ закона неправильно переданъ въ сохранившихся рукописяхъ; тогда допускаются попытки къ исправленію его (т. н. *конъектуральная критика*).

§ 40. Толкованіе юридическихъ нормъ.

Задача толкованія заключается въ установленіи истиннаго *смысла* юридической нормы.

1) По пріемамъ толкованія различаютъ *грамматическое и логическое* толкованіе.

а) *Грамматическое толкованіе* стремится выяснить смыслъ нормы при помощи установленія грамматическаго смысла отдѣльныхъ словъ, изъ которыхъ она состоитъ; въ частности, въ примѣненіи къ законамъ необходимо установить *словоупотребленіе законодателя*, т. е. надо установить, какой смыслъ онъ придавалъ данному слову; при этомъ, если онъ употребилъ какой нибудь спеціально-юридическій терминъ, то слѣдуетъ предположить, разъ нѣтъ

особыхъ основаній допустить противное, что терминъ употребленъ въ техническомъ смыслѣ.

b) Грамматическое толкованіе само по себѣ указываетъ однако только *возможный* смыслъ данной нормы. Для того, чтобы убѣдиться, что установленный такимъ путемъ смыслъ дѣйствительно есть *истинный* (а не только возможный) смыслъ ея, необходимо *логическое толкованіе*.

Общими средствами логическаго толкованія служатъ конечно законы мышленія.

Въ частности, приходится обращать вниманіе: 1) на связь данной нормы съ другими нормами, на взаимное соотношеніе ихъ между собою въ общей системѣ права; это т. н. *систематическое* толкованіе; 2) на соотношеніе данной нормы съ дѣйствовавшими до ея изданія нормами; это т. н. *историческое* толкованіе; 3) на практическую *цѣль*, которая преслѣдуется нормой; 4) на *степень цѣлесообразности* ея.

2) По результатамъ толкованія различаютъ *буквальное*, *распространительное* и *ограничительное* толкованіе.

a) Буквальнымъ называется толкованіе, соотвѣтствующее грамматическому. Оно примѣняется въ тѣхъ случаяхъ, когда смыслъ нормы ни съ грамматической, ни съ логической стороны не возбуждаетъ сомнѣній.

b) Распространительнымъ называется толкованіе, которое выходитъ за предѣлы буквальнаго смысла нормы. Оно примѣняется, когда логическое толкованіе привело къ убѣжденію, что законодатель выразилъ свою мысль въ слишкомъ конкретной формѣ.

c) Ограничительнымъ называется толкованіе, которое съуживаетъ буквальный смыслъ нормы. Оно примѣняется, когда логическое толкованіе привело къ убѣжденію, что законодатель выразилъ свою мысль въ слишкомъ общей формѣ.

3) Особый видъ толкованія составляетъ т. н. *заключеніе отъ противнаго*.

Именно, иногда изъ существованія нормы, регулирующей какое нибудь специально-характеризованное отношеніе, напр. устанавливающей какіе нибудь специальныя льготы или ограниченія для опредѣленнаго рода случаевъ, можно вывести, что въ остальныхъ случаяхъ примѣняется обратное правило.

4) Въ заключеніе замѣтимъ, что иногда различаютъ еще по

различію субъектовъ толкованія, толкованіе *доктринальное* и *легальное*. Доктринальнымъ толкованіемъ называется толкованіе, которое совершается лицами и мѣстами, призванными примѣнять законъ, а легальнымъ—толкованіе, устаповляемое обычаемъ (узуальное толкованіе) или закономъ (автентическое толкованіе).

Однако т. н. легальное толкованіе, строго говоря, вовсе не есть толкованіе, ибо оно основывается не на признаніи разумности его, а на внѣшнемъ авторитетѣ обычая или закона.

§ 41. Аналогія.

Во всякой правовой системѣ встрѣчаются пробѣлы. Другими словами, встрѣчаются отношенія, непредусмотрѣнныя ни обычаемъ, ни закономъ, и не поддающіяся поэтому подведенію ни подъ одну изъ существующихъ нормъ.

Спрашивается, какъ быть въ такихъ случаяхъ суду, который не можетъ уклоняться отъ разрѣшенія дѣлъ подъ предлогомъ отсутствія или неполноты закона? Онъ прибѣгаетъ въ такихъ случаяхъ къ *аналогіи*.

Аналогія предполагаетъ, что данное, непредусмотрѣнное объективнымъ правомъ отношеніе признается *существенно однороднымъ* съ тѣми или другими отношеніями, для которыхъ установлены особыя нормы.

Отсюда выводится заключеніе, что къ нему должны быть примѣнены нормы, установленныя для существенно-однородныхъ съ нимъ отношеній.

Въ частности, надо различать *аналогію закона* и *аналгію права.*

1) Подъ аналогіей закона понимаютъ тотъ случай, когда данное отношеніе признается существенно однороднымъ съ *одним* опредѣленнымъ типомъ отношеній, регулированныхъ положительнымъ правомъ; въ такихъ случаяхъ къ нему прямо примѣняется норма, установленная для этого типа отношеній.

Отличить этотъ видъ аналогіи отъ распространительнаго толкованія нормы на практикѣ иногда очень трудно. Различіе заключается лишь въ томъ, что судъ примѣняетъ норму, хотя онъ и убѣжденъ, что законодатель не имѣлъ въ виду придать ей столь широкій смыслъ.

2) Подъ аналогіей права понимаютъ тотъ случай, когда данное, непредусмотрѣнное объективнымъ правомъ отношеніе признается въ нѣкоторыхъ чертахъ однороднымъ съ одними, регулированными правомъ, отношеніями, въ другихъ чертахъ—съ другими, и т. д.

Въ такихъ случаяхъ очевидно невозможно непосредственное подведеніе его подъ одну изъ существующихъ нормъ, а необходммо прибѣгнуть къ сравнительному сопоставленію подлежащихъ нормъ съ тѣмъ, чтобы въ результатѣ вывести совершенно новую норму, которая и примѣняется къ данному отношенію.

Приложенie.

Главные моменты исторiи философiи права *).

ГЛАВА I.

Философiя права въ древности и среднie вѣка.

§ 42. Предшественники Платона.

Мыслители древности не создали законченной теорiи о правѣ; греки—потому, что они, по крайней мѣрѣ въ теорiи, не съумѣли отдѣлаться отъ смѣшенiя правовыхъ явленiй съ нравственными; римляне—потому, что у нихъ практическiя тенденцiи преобладали надъ теоретическими.

1) Изъ греческихъ мыслителей до Платона *софисты* первые стали интересоваться вопросами нравственности и права. Они въ этомъ отношенiи исходили изъ положенiя, что необходимо различать двѣ категорiи законовъ и нравственныхъ правилъ: установленные самой природой и произвольно созданные людьми.

Только за первыми слѣдуетъ признавать общеобязательное значенiе. Положительный же законъ только стѣсняетъ естественную свободу человѣка.

Исходя изъ этого основнаго положенiя, лучшiе изъ нихъ боролись противъ многихъ изъ существовавшихъ въ то время учрежденiй, какъ напр., противъ всякаго рода привиллегiй аристократiи и противъ рабства, доказывая, что эти учрежденiя противорѣчатъ законамъ природы.

Однако не всѣ софисты ограничивались раскрытiемъ дѣйствительныхъ золъ и несправедливостей. Многiе хватали черезъ край и, исходя все изъ того же основнаго положенiя, приходили къ

*) Stahl, die Philosophie des Rechts, т. I, изд. 5; Бершадскiй, Очерки исторiи философiи права.

осужденію всякаго вообще соціальнаго порядка, къ отрицанію всякихъ вообще нравственныхъ и юридическихъ нормъ, усматривая въ самыхъ законныхъ ограниченіяхъ необузданнаго произвола отдѣльной конкретной личности нарушеніе ея естественной свободы, нарушеніе законовъ природы.

2) Крайности софистическаго ученія вызвали рѣшительный отпоръ въ лицѣ *Сократа*, который твердо вѣрилъ въ существованіе единой, вѣчной истины и абсолютной добродѣтели, которую онъ отождествлялъ съ знаніемъ. Что касается спеціально вопросовъ права, то онъ ими мало интересовался, самъ по возможности воздерживался отъ участія въ политической жизни, но требовалъ отъ себя и отъ другихъ подчиненія законамъ роднаго государства.

3) Ближайшіе послѣдователи Сократа, *киники* и *киренаики*, пошли гораздо дальше своего учителя. И тѣ и другіе открыто проповѣдывали вполнѣ отрицательное отношеніе къ вопросамъ права въ теоріи и къ политическимъ интересамъ на практикѣ.

Первые при этомъ исходили изъ того положенія, что цѣнна только личная добродѣтель, заключающаяся въ полномъ *воздержаніи* отъ всякихъ благъ жизни, въ отсутствіи потребностей; въ частности, они отрицали блага цивилизаціи и требовали возврата къ естественному состоянію.

Киренаики учили, что надо стремиться къ личному счастью, которое дается *наслажденіемъ*; наслажденіе—единственное благо; пользоваться благами жизни, не принимая на себя никакихъ обязанностей,—идеалъ мудреца.

§ 43. Платонъ.

1) Ученіе Платона о правѣ и государствѣ находится въ тѣсной связи съ общефилософскими его взглядами.

Не излагая ихъ подробно, мы замѣтимъ только, что Платонъ скептически относился къ опытному знанію, посредниками котораго являются наши чувства. Чувственныя воспріятія обманчивы, они въ лучшемъ случаѣ даютъ намъ только относительное, неполное знаніе. Истиннымъ источникомъ познанія является только *разумъ*, который независимо отъ всякаго опыта раскрываетъ намъ истинную сущность вещей, неизмѣнныя, вѣчныя *идеи*, которыя лежатъ въ

основаніи ихъ и за которыми Платонъ признаетъ значеніе самостоятельныхъ реальностей.

2) Исходя изъ этого общаго положенія, Платонъ и въ своемъ ученіи о государствѣ желаетъ изобразить не какое нибудь конкретно существующее, а *идеальное* государство или *идею государства.*

а) Цѣль государства, говоритъ онъ, заключается въ томъ, чтобы доставить всѣмъ гражданамъ возможность нравственно совершенствоваться и тѣмъ самымъ достигнуть высшаго счастія, высшаго благоденствія.

Для достиженія этой цѣли необходима надлежащая общественная организація. Въ чемъ же она заключается? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, Платонъ проводитъ аналогію между отдѣльнымъ человѣкомъ и государствомъ.

b) Душа человѣка, по его мнѣнію, состоитъ изъ трехъ элементовъ: изъ *разума, энергіи* и *чувственной страсти.* Каждому изъ этихъ элементовъ соотвѣтствуетъ особая добродѣтель: разуму—*мудрость*, энергіи—*мужество*, чувственной страсти—*самообладаніе*; въ дополненіе къ нимъ онъ допускаетъ еще четвертую добродѣтель,—*справедливость*, выражающуюся въ установленіи надлежащаго соотношенія между отдѣльными элементами души, въ подчиненіи энергіи и чувственной страсти разуму, словомъ въ установленіи душевной гармоніи.

с) Тремъ элементамъ человѣческой души соотвѣтствуютъ въ государствѣ три общественныхъ класса: разуму—*классъ мудрецовъ*, энергіи—*классъ воиновъ или стражей*, чувственной страсти—*классъ рабочій*, обнимающій громадное большинство населенія.

Добродѣтель класса мудрецовъ—мудрость, класса воиновъ или стражей—мужество, остальнаго, рабочаго населенія—самообладаніе.

Надъ этими тремя классовыми добродѣтелями царитъ въ качествѣ высшаго объединяющаго начала въ идеальномъ государствѣ справедливость, составляющая добродѣтель государства, какъ цѣлаго и выражающаяся въ гармоничномъ сочетаніи отдѣльныхъ общественныхъ классовъ.

d) Это гармоничное сочетаніе трехъ общественныхъ классовъ ближе заключается въ томъ, что мудрецамъ должна быть предоставлена законодательная власть, классу военныхъ или стражей,—исполнительная власть, что же касается массы населенія, то она обязана работать и подчиняться указаніямъ высшихъ классовъ.

Для того, чтобы былъ достигнутъ этотъ идеалъ, отдѣльные индивиды должны вполнѣ раствориться въ государствѣ, которое беретъ на себя руководительство надъ всей жизнью своихъ гражданъ.

Въ частности, для пополненія высшихъ двухъ классовъ и удержанія ихъ на должной высотѣ необходима *особая система воспитанія* дѣтей этихъ классовъ; государство беретъ эту заботу цѣликомъ на себя.

Вмѣстѣ съ тѣмъ для того, чтобы у представителей двухъ высшихъ классовъ не существовало по возможности никакихъ личныхъ интересовъ и личныхъ заботъ, чтобы они всецѣло отдавались служенію государству, они лишаются права свободнаго выбора при вступленіи въ бракъ; выборъ подходящихъ другъ другу лицъ производится правителями, т. е. мудрецами.

Равнымъ образомъ эти лица не могутъ имѣть своего частнаго имущества, они содержатся насчетъ государства, источникомъ доходовъ котораго служатъ налоги, взымаемые съ массы населенія.

О судьбѣ этой массы населенія государство не заботится. Утвержденіе, будто требованія Платона, сводящіяся съ одной стороны къ разрушенію семейныхъ узъ (путемъ государственной регламентаціи вступленія въ бракъ и государственнаго воспитанія дѣтей, съ другой стороны къ упраздненію частной собственности, касаются и массы населенія, не можетъ быть признано правильнымъ.

И такъ, идеалъ государства по ученію Платона сводится къ полному поглощенію личности государствомъ, къ правительственной опекѣ надъ всею жизнью гражданъ, къ кастовой обособленности высшихъ и низшихъ классовъ. Государство—все, отдѣльная личность—ничто, таковъ смыслъ этого ученія.

3) Въ заключеніе замѣтимъ, что отъ Платона конечно не могло скрыться полное несоотвѣтствіе его государственнаго идеала съ окружающей его дѣйствительностью, съ современными ему формами государственной жизни.

а) Среди послѣднихъ онъ различалъ три относительно лучшія и три худшія формы государственнаго устройства: къ первымъ онъ причислялъ *монархію*, *аристократію* и *законную демократію*; ко вторымъ: вырожденіе монархіи—*тиранію*, вырожденіе аристократіи—*олигархію*, и вырожденіе законной демократіи—*демократію незаконную*.

Всѣмъ этимъ шести формамъ противополагается въ качествѣ седьмой, абсолютно лучшей—идеальное государство.

Въ другомъ мѣстѣ Платонъ даетъ иную классификацію формъ правленія. Вырожденіе идеальнаго государства можетъ послѣдовательно привести: a) къ *тимократіи*, къ господству честолюбія; b) къ *олигархіи*, господству алчности; c) къ *демократіи*, господству всеобщей распущенности, и наконецъ d) къ *тираніи*, къ господству полнѣйшаго произвола.

b) Недовольствуясь классификаціей существующихъ формъ правленія, Платонъ сверхъ того пытается изобразить сравнительно лучшую форму правленія, достижимую, по его мнѣнію, безъ ломки всего существующаго. Онъ ее усматриваетъ въ своеобразномъ *сочетаніи монархически-олигархическихъ элементовъ съ демократическими.*

§ 44. Аристотель.

1) Платонъ, какъ мы видѣли, принципіально не довѣрялъ опытному знанію. Аристотель, напротивъ, отводитъ ему широкое мѣсто въ своей философской системѣ. Его отнюдь нельзя назвать эмпирикомъ. Онъ убѣжденъ въ возможности познанія сущности вещей, онъ увѣренъ, что онъ эту сущность вещей раскрылъ. *Матерія* и *форма*, вотъ по его мнѣнію, элементы всего сущаго. Матерія сама по себѣ безформенна, но въ отдѣльныя части матеріи вложено стремленіе облечься, вылиться въ опредѣленную форму. Выливаясь въ нее, матерія изъ простой возможности бытія, изъ потенціи, превращается въ актуальное бытіе. Переходъ изъ простой возможности бытія въ реальное, актуальное бытіе, или иначе, принятіе матеріей опредѣленной формы, совершается путемъ движенія. Движеніе предполагаетъ начальнаго двигателя, который будучи самъ неподвижнымъ, все приводитъ въ движеніе. Этимъ начальнымъ двигателемъ является чистая форма, форма безъ примѣси матеріи, или божество.

Всѣ эти положенія носятъ чисто метафизическій характеръ, далеко выходятъ за предѣлы всякаго возможнаго опыта. Но какимъ образомъ доходимъ мы до нихъ? На это Аристотель даетъ слѣдующій отвѣтъ: *въ природѣ общее предшествуетъ частному*, общіе элементы, изъ которыхъ складываются всѣ конкретныя явленія,

предшествуютъ самымъ явленіямъ. *Но для насъ, съ точки зрѣнія нашихъ познавательныхъ способностей, частное предшествуетъ общему:* мы непосредственно наблюдаемъ только отдѣльныя конкретныя явленія, а не общіе имъ всѣмъ элементы, изъ которыхъ они складываются. Единственный путь къ познанію общаго заключается по этому въ наблюденіи частнаго и въ восхожденіи отъ него къ все болѣе и болѣе общему.

Съ этой точки зрѣнія изученіе эмпирически данной, окружающей насъ реальной дѣйствительности, получаетъ первостепенное значеніе. Очевидно, только она можетъ доставить намъ матерьялъ для познанія общихъ началъ, лежащихъ въ основаніи ея, для построенія философскаго міросозерцанія.

Таковы исходныя точки философіи Аристотеля.

2) Что касается его ученія о государствѣ, то онъ исходитъ изъ того положенія, что человѣкъ по природѣ своей есть *соціальное, общежительное существо*, и какъ таковое для исполненія своего природнаго назначенія нуждается въ *общеніи* съ другими людьми. Формъ общенія существуетъ нѣсколько. Наиболѣе простая—*семья*, затѣмъ слѣдуетъ *община*, наконецъ—*государство*, какъ высшая форма общенія.

Цѣль государства заключается въ обезпеченіи условій счастливой, добродѣтельной жизни гражданъ.

Формы государственнаго устройства опредѣляются національными, историческими и географическими условіями. Поэтому не можетъ быть одной, пригодной для всѣхъ народовъ формы правленія. Желательно только, чтобы данная форма правленія соотвѣтствовала общей цѣли государства. Съ этой точки зрѣнія Аристотель различаетъ *правильныя* и *неправильныя* формы правленія. Къ первымъ онъ причисляетъ монархію, аристократію и народовластіе (политію), ко вторымъ—деспотію, олигархію и демократію въ смыслѣ господства черни.

Охарактеризовавъ различныя формы правленія многими тонкими штрихами, Аристотель затѣмъ пытается начертить картину идеальнаго государства.

Приступая къ разрѣшенію этой задачи, онъ прежде всего замѣчаетъ, что идеальное государственное устройство возможно только при наличности извѣстныхъ условій: государство не должно быть ни слишкомъ велико, ни слишкомъ мало, страна должна быть пло-

дородная, населеніе должно обладать мужествомъ и умомъ. Основа формы правленія должна быть демократическая, причемъ однако руководительство общественными дѣлами должно принадлежать не случайно избраннымъ, а достойнѣйшимъ. Главная задача идеальнаго государства состояла бы въ надлежащемъ воспитаніи гражданъ.

Такимъ образомъ, и Аристотель выдвигаетъ нравственно-воспитательныя цѣли государства на первый планъ. Но онъ далекъ отъ мысли о полномъ порабощеніи личности государствомъ, онъ полемизируетъ противъ идей Платона о государственной регламентаціи браковъ и общности имуществъ, и вообще пытается примирить, согласовать законные интересы личности и государства.

§ 45. Позднѣйшая греческая и римская философія.

1) Изъ по-аристотелевскихъ философскихъ системъ сравнительно наибольшее значеніе для философіи права имѣетъ *стоицизмъ*.

Стоики преимущественно задавались нравственными проблеммами. Ихъ нравственный идеалъ—идеалъ мудреца—это свобода отъ страстей, повиновеніе законамъ природы, отождествляемымъ съ законами разума. Подчиняя свою волю всеобщему закону природы, повинуясь ему, мудрецъ поступаетъ разумно и согласно съ природой.

Между прочимъ, природа вложила въ человѣка потребность въ общеніи съ другими людьми; эта потребность естественная и разумная. Формами удовлетворенія этой потребности стоики признаютъ только *дружественныя связи* между отдѣльными мудрецами и *разумное общеніе всѣхъ людей* безъ различія національности, вѣры, общественнаго положенія и т. д. Къ другимъ формамъ общенія и въ частности къ государству они относятся если не вполнѣ отрицательно, то во всякомъ случаѣ безучастно: предъ лицомъ природы и разума всѣ равны, всѣ подчинены одинаковымъ законамъ, одному и тому же естественному праву, предъ которымъ должно отступить на задній планъ положительное право вмѣстѣ съ искуственно созданными имъ различіями.

2) И такъ, стоицизмъ въ области общественныхъ отношеній преисполненъ *космополитическихъ* тенденцій. Его ученіе о всеобщемъ равенствѣ и братствѣ всѣхъ людей, основанномъ на началахъ есте-

ственнаго права, встрѣтило громкій отзвукъ не только среди греческой, но и римской интеллигенціи. Стоицизмъ сталъ моднымъ ученіемъ, съ нимъ пришлось считаться и римской юриспруденціи.

Однако, чуждая философскихъ интересовъ, она мало внесла новаго въ ученіе стоиковъ, развѣ что точнѣе разграничила понятіе естественнаго и положительнаго права.

Подъ *естественнымъ* правомъ, говорятъ римскіе юристы, слѣдуетъ понимать право, которому природа научила всѣхъ людей. Оно имѣетъ всеобщее значеніе, дѣйствуетъ всегда и всюду.

Противоположность ему составляетъ *положительное* право, которое подраздѣляется на *національное* право, обнимающее институты, свойственные только данному народу, и *общенародное* право, обнимающее институты, встрѣчающіеся у всѣхъ народовъ. Его не слѣдуетъ смѣшивать съ естественнымъ правомъ, ибо бываютъ общенародные иститутьі, какъ напр. рабство, противорѣчущіе естественному праву.

3) Что касается другихъ философскихъ направленій, то *эпикурейцы* въ противоположность стоикамъ учили, что не существуетъ естественнаго общенія между людьми; государство есть установленный по договорному соглашенію союзъ, преслѣдующій чисто практическія цѣли. Мудрецъ долженъ воздерживаться отъ участія въ общественныхъ дѣлахъ, едиственно достойная ею форма общенія— дружба.

Что касается наконецъ *скептиковъ* и *мистиковъ*, то они для философіи права ничего не дали и по существу своего мровоззрѣнія ничего и не могли дать.

§ 46. Теократическая философія права среднихъ вѣковъ.

1) Провозвѣстникомъ теократическаго ученія о правѣ и государствѣ явился блаженный *Августинъ*.

Въ своемъ сочиненіи «о царствѣ Божьемъ» онъ исходитъ изъ противоположенія между царствомъ Божьимъ и царствомъ земнымъ. Оба борются между собою, и эта борьба должна кончиться торжествомъ перваго и разгромомъ втораго.

Говоря о царствѣ Божьемъ и противополагая ему царство земное, Августинъ однако не отождествляетъ послѣдняго съ государ-

ствомъ въ смыслѣ гражданскаго союза. Говоря объ антагонизмѣ между царствомъ Божьимъ и земнымъ, онъ употребляетъ терминъ царство въ переносномъ смыслѣ, въ смыслѣ борьбы двухъ противоположныхъ направленій, двухъ противоположныхъ міровоззрѣній.

Государство въ смыслѣ гражданскаго союза имѣетъ цѣлью поддержаніе мира на землѣ; цѣль эта сама по себѣ нисколько не предосудительная, къ ней должны стремиться и христіане, которые поэтому обязаны повиновеніемъ предъ государствомъ.

Тѣмъ не менѣе самое существованіе государства есть прямое послѣдствіе грѣховности человѣческой природы, оно—необходимое зло. Созданіе его вызывается чисто земными интересами, и это выражается въ томъ, что всѣ государства всегда были основаны людьми, преслѣдующими земныя цѣли.

Впрочемъ, признавая государство съ одной стороны необходимымъ зломъ, Августинъ съ другой стороны усиленно подчеркиваетъ ту мысль, что какъ созданіе, такъ и судьбы государствъ зависятъ отъ божественнаго промысла, въ подтвержденіе чего онъ приводитъ рядъ конкретныхъ примѣровъ.

Обращаясь засимъ къ вопросу объ истинномъ назначеніи государства, Августинъ усматриваетъ его въ *защитѣ интересовъ церкви*; передъ этой задачей всѣ остальныя должны отступить на задній планъ. Практически эта защита церкви со стороны государства понимается въ томъ смыслѣ, что государство обязано охранять чистоту церковнаго ученія и всячески преслѣдовать еретиковъ.

2) Теократическое ученіе о правѣ и государствѣ Августина оказало весьма важное вліяніе на послѣдующую *схоластическую* философію.

a) Главнымъ представителемъ схоластики въ области философіи права является *Ѳома Аквинатъ*.

Онъ различаетъ *вѣчный*, *естественный* и *человѣческій законъ*.

Вѣчный законъ есть управляющій всѣмъ міромъ разумъ, составляющій часть божественнаго естества.

Естественный законъ есть отраженіе въ насъ свѣта Господня, на немъ основана способность различенія добра и зла. Другими словами, это—нравственный законъ.

Наконецъ, человѣческій законъ—это положительное право. Отношеніе его къ естественному закону формулируется слѣдующимъ образомъ: человѣческій законъ есть осадокъ естественнаго закона,

и лишь поскольку онъ является таковымъ, ему должно повиноваться. Но онъ не исчерпываетъ всего естественнаго закона, такъ какъ онъ разсчитанъ на массу и долженъ считаться съ ея несовершенствами.

Въ результатѣ получается полное смѣшеніе права съ моралью: право не имѣетъ своей самостоятельной области, правовыя велѣнія суть просто тѣ нравственныя велѣнія, которыя охраняются человѣческимъ авторитетомъ, нарушеніе которыхъ карается государствомъ.

b) Что касается схоластическаго ученія о государствѣ, то оно представляетъ собою своеобразное сочетаніе взглядовъ Аристотеля и Августина.

У Аристотеля схоластики заимствовали положеніе, что человѣкъ по природѣ общежительное существо, что цѣль государства состоитъ въ обезпеченіи благоденствія гражданъ, далѣе отъ него же къ нимъ перешло подраздѣленіе формъ правленія на правильныя и неправильныя, классификація отдѣльныхъ формъ правленія и т. д.

У Августина они заимствовали положеніе, что самое существованіе государства есть послѣдствіе грѣхопаденія, что государства возникаютъ по волѣ божественнаго промысла и т. д.

Въ одномъ впрочемъ отношеніи схоластическая философія уклонилась отъ Августина: если Августинъ смотрѣлъ на государство какъ на необходимое зло, схоластики напротивъ усматриваютъ въ немъ, или точнѣе въ германско-христіанской имперіи, до извѣстной степени реализацію царства Божія на землѣ. Правда, такое признаніе обусловлено отношеніемъ государства къ церкви.

Въ этомъ отношеніи важную роль сыграло *ученіе о двухъ мечахъ* христіанства, *свѣтскомъ* и *духовномъ*, изъ которыхъ одинъ мечъ въ рукахъ *папы*, другой—въ рукахъ *императора*. Оба меча—отъ Бога. Но по вопросу о взаимномъ соотношеніи ихъ существовалъ споръ между папской и императорской партіей. Папская партія учила, что власть папы выше власти императора, даже больше,—что одинъ папа можетъ облечь императора властью.

Противъ этого возражали приверженцы императорской власти, доказывая независимость ея отъ власти папы; они основывались при этомъ на положеніи, что сфера духовная и сфера свѣтская различны по существу, и что поэтому не можетъ быть рѣчи о іерархической подчиненности одной сферы—другой.

Представителемъ папской партіи былъ между прочимъ Аквинатъ, защитникомъ императорской власти одинъ изъ послѣднихъ схоластиковъ—*Оккамъ*.

ГЛАВА II.

Философія права въ новое время.

§ 47. Переходное время.

1) Умственный переворотъ, начавшій явственно обозначаться съ половины XV в. и приведшій къ паденію схоластической философіи, основанной на вѣрѣ въ непогрѣшимость церковнаго авторитета, представляетъ собою событіе столь огромной важности въ исторіи человѣческой мысли, что съ нимъ справедливо связываютъ начало новой эры въ исторіи человѣчества.

Факторы этого умственнаго переворота, моменты, подготовившіе его, коренятся въ необычайномъ расширеніи историческаго, географическаго и космографическаго кругозора человѣчества, вызванномъ цѣлымъ рядомъ первостепенныхъ открытій и изобрѣтеній.

Историческій кругозоръ обогащается открытіемъ вновь цѣлаго ряда памятниковъ классической древности; на почвѣ изученія ихъ возникаютъ новыя проблеммы, новые, общечеловѣческіе, *гуманистическіе* идеалы въ области наукъ и искусствъ.

Съ другой стороны открытія Колумба и Васко-да-Гама въ корнѣ измѣняютъ всѣ географическія понятія западнаго европейца.

Наконецъ, Коперникъ и Кеплеръ разрушаютъ и всѣ космографическія представленія его: земля перестаетъ быть центромъ вселенной и превращается въ скромнаго спутника солнца, а вся наша солнечная система оказывается одной изъ безконечнаго числа подобныхъ системъ.

Если прибавить ко всему этому еще религіозное броженіе въ нѣдрахъ самой западной церкви, приведшее къ церковному расколу, къ образованію протестантизма, то становится вполнѣ яснымъ, что наступило время свести счеты съ отжившимъ схоластическимъ міровоззрѣніемъ.

Старые авторитеты оказались безсильными предъ напоромъ новыхъ идей, они ничего не могли дать для разрѣшенія новыхъ проблеммъ. Противорѣчіе господствовавшихъ до тѣхъ поръ гипотезъ съ дѣйствительностью, съ фактами, было слишкомъ велико, слишкомъ

очевидно, слишкомъ непримиримо, чтобы можно было остановиться на полъ-дорогѣ. Необходимо было найти новыя отправныя точки для построенія новаго, цѣлостнаго, гармоническаго міровоззрѣнія.

Но пока его открыли, пока оно успѣло пустить корни, прошло немало времени. Это переходное время само по себѣ представляетъ тоже не мало любопытнаго. Въ области философіи права представителями его являются *Ѳома Морусъ*, *Бодэнъ и Маккіавелли.*

2) На первый взглядъ сопоставленіе этихъ трехъ мыслителей ничѣмъ не можетъ быть оправдано, настолько рѣзко противоположными кажутся ихъ взгляды и стремленія: Морусъ—представитель утопистическаго идеализма, Бодэнъ—методическій ученый, Маккіавелли—горячій политикъ-патріотъ.

Но если ближе присмотрѣться къ нимъ, то нельзя не согласиться съ мнѣніемъ Виндельбанда, автора весьма извѣстной «исторіи новой философіи», что основная тенденція у всѣхъ одна и та же: это—стремленіе отвоевать для государства самостоятельное значеніе и указать для правовыхъ институтовъ иные источники, чѣмъ велѣнія церковныхъ авторитетовъ.

а) Первымъ по времени выступилъ *Маккіавелли.* Онъ первый принципіальный и убѣжденный защитникъ *идеи національнаго государства.* Его идеалъ—политическое могущество и, какъ основа его, единство Италіи. Главное препятствіе для достиженія этого идеала онъ усматриваетъ въ свѣтской власти папъ. Но онъ ставитъ этотъ вопросъ гораздо шире. Вся средневѣковая политическая система построена на подчиненіи государства церкви. Съ этимъ надо покончить. Государство само себѣ довлѣетъ, разъ оно есть выразитель и носитель стремленій цѣлой націи. И то же, что о государствѣ, слѣдуетъ сказать и объ отдѣльныхъ его институтахъ: права государства не должны быть выводимы изъ санкціонирующихъ велѣній церковныхъ авторитетовъ, а изъ самаго существа государства, какъ таковаго.

Таковы задачи будущаго, намѣченныя Маккіавелли. Онъ самъ ихъ не разрѣшилъ. Его слишкомъ занималъ конкретный практическій вопросъ, какъ достигнуть національнаго объединенія Италіи. Для достиженія этой завѣтной цѣли онъ не страшится никакихъ средствъ. Онъ убѣжденъ, что при данныхъ условіяхъ мѣста и времени эта цѣль можетъ быть достигнута только желѣзной рукой абсолютнаго монарха. И вотъ, будучи горячимъ республиканцемъ въ

душѣ, онъ пишетъ знаменитый трактатъ «о князѣ», въ которомъ излагаетъ систему крайняго абсолютизма, не останавливающагося ни передъ чѣмъ для достиженія разъ намѣченныхъ цѣлей.

b) Англичанинъ Ѳома *Морусъ* въ своемъ сочиненіи «объ идеальномъ государственномъ устройствѣ и новомъ островѣ Утопіи» пытается начертить картину идеальнаго государства, во многомъ напоминающую платоновскій прототипъ. Подобно Платону онъ требуетъ общности имуществъ, не дѣлая даже въ этомъ отношеніи исключенія для низшихъ классовъ, подобно Платону онъ желаетъ, чтобы государство управлялось мудрѣйшими.

Но особенно онъ напираетъ на требованіи полной *вѣротерпимости*; онъ неоднократно указываетъ, что государство должно регулировать юридическое положеніе своихъ гражданъ совершенно независимо отъ принадлежности ихъ къ той или другой религіи.

c) Французъ *Бодэнъ* въ своихъ «шести книгахъ о государствѣ» одинаково отвергаетъ какъ утопистическія, такъ и теократическія теоріи о государствѣ, отстаивая внѣконфессіональный характеръ его. Онъ пытается установить и разграничить исходныя понятія государства, семьи, государственнаго суверенитета, и сравниваетъ между собою отдѣльныя формы правленія, и въ частности высказывается въ пользу ограниченной аристократическими и демократическими элементами монархіи. Въ своихъ разсужденіяхъ онъ постоянно считается съ историческими условіями государственной жизни и неоднократно замѣчаетъ, что законы и формы правленія должны находиться въ соотвѣтствіи со степенью культурнаго развитія, нравами и обычаями народа. Въ этомъ отношеніи его справедливо можно назвать предшественикомъ Монтескье.

§ 48. Раціонализмъ XVII и XVIII в. и школа естественнаго права.

1) Новое міровоззрѣніе, явившееся на смѣну схоластической философіи—*раціонализмъ*. Основа его—вѣра въ непогрѣшимость человѣческаго разума.

Разумъ—единственный или по крайней мѣрѣ важнѣйшій источникъ знанія. Поэтому только одно знаніе отъ разума дѣйствительно истинное, надежное знаніе; опытное же, эмпирическое знаніе есть лишь вто-

ростепенное, сомнительное по происхожденію и по достовѣрности. знаніе.

Эти положенія формулированы еще Декартомъ, основателемъ раціоналистической философіи.

Онъ исходитъ изъ положенія, что *истинно только то, что мы познаемъ ясно и точно.* Другими словами, критеріемъ истинности является ясность и точность. Но ясность и точность встрѣчается только въ мышленіи, или иначе, ясно и точно лишь то, я что уяснилъ себѣ путемъ мышленія; чувственныя же воспріятія и представленія о внѣшнемъ мірѣ неясны и неточны, въ чемъ убѣждаетъ насъ самый поверхностный анализъ. Поэтому-то источникомъ истиннаго знанія является не опытъ, а одно только чистое мышленіе и субстратъ его—разумъ.

Еще рѣзче и опредѣленнѣе символъ вѣры раціонализма выраженъ у Спинозы: онъ въ своей «Этикѣ» различаетъ три рода человѣческаго познанія: a) *познаніе опытное* или познаніе перваго рода, которое онъ называетъ также мнѣніемъ или воображеніемъ, имагинаціей; b) *познаніе раціональное*, покоющееся на разумѣ, или познаніе втораго рода, и c) наконецъ *познаніе интуитивное*, или познаніе третьяго рода. Соотношеніе между этими тремя родами познанія выражается въ томъ, что познаніе перваго рода или опытное есть единственная причина заблужденій всякаго рода, а познаніе втораго и третьяго рода по необходимости истинно. Что касается спеціально соотношенія между раціональнымъ и интуитивнымъ познаніемъ, то оба проистекаютъ изъ одного общаго источника, изъ разума. Различіе между ними въ томъ, что интуитивное познаніе есть *непосредственно* добытое разумомъ, такъ сказать аксіоматическое знаніе, а раціональное познаніе есть производное, *выводное* знаніе, извлекаемое тѣмъ же разумомъ изъ добытыхъ интуитивнымъ путемъ первопосылокъ.

Но какимъ путемъ возможно вообще интуитивное знаніе, откуда разумъ беретъ матерьялъ для него, откуда черпаетъ онъ свои первопосылки? На это Спиноза не даетъ прямаго отвѣта. Другіе за него отвѣчаютъ на это: въ нашемъ разумѣ заложенъ рядъ *врожденныхъ идей*, которыя разумъ и раскрываетъ путемъ непосредственной интуиціи.

Таковы исходныя точки раціонализма, такова его теорія познанія. Резюмируя ее, мы видимъ, что по мнѣнію раціоналистовъ ра-

зумъ составляетъ альфу и омегу нашего знанія. Опытъ не при чемъ, онъ можетъ дать только ложное, извращенное знаніе. Если то, что мы выводимъ изъ разума, не сходится съ показаніями опыта, то это само по себѣ ничего еще не значитъ. Разумъ даетъ по существу своему внѣопытное знаніе даже въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ онъ затрогиваетъ проблеммы, на которыя могъ бы быть найденъ и эмпирическій отвѣтъ. Но онъ не останавливается предъ этими проблеммами, онъ даетъ не только внѣопытное, но и сверхопытное знаніе, знаніе, выходящее за предѣлы всякаго возможнаго опыта.

Раціонализмъ не признаетъ *ничего объективно недоступнаго*, онъ знаетъ и *отрицаетъ только субъективно непостижимое*, ирраціональное, противное законамъ логики.

И такъ, вотъ критерій раціонализма: что по законамъ логики для насъ непостижимо, того не существуетъ и не можетъ существовать. Напротивъ, что логическимъ путемъ выведено изъ принятыхъ нами, логически мыслимыхъ первопосылокъ, то обладаетъ и объективной дѣйствительностью, помимо всякой провѣрки добытыхъ нами результатовъ по даннымъ опыта.

2) Естественно, что такой крайній, безбрежный субъективизмъ могъ привести и дѣйствительно привелъ къ діаметрально противоположнымъ результатамъ, къ построенію діаметрально противоположныхъ философскихъ системъ, въ зависимости отъ того, что данному мыслителю казалось ясно и точно установленнымъ.

И это не могло быть иначе, ибо a priori на каждый вопросъ можно дать неопредѣленное число отвѣтовъ, одинаково мыслимыхъ, одинаково согласимыхъ съ законами логики. Какой же изъ этихъ отвѣтовъ долженъ быть признанъ правильнымъ, разъ ни одинъ изъ нихъ самъ по себѣ не представляетъ собою ничего логически несообразнаго, и разъ мы признали, что опытъ ничему научить насъ не можетъ,—это зависитъ отъ усмотрѣнія мыслителя; одному кажется яснымъ одно, другому—другое.

Вотъ почему мы и видимъ, что на всѣ основные вопросы философіи раціонализмъ въ лицѣ отдѣльныхъ своихъ представителей даетъ самые различные отвѣты.

Такъ, одни раціоналисты, какъ то: Декартъ, Лейбницъ и ихъ послѣдователи, признаютъ существованіе личнаго Бога, а Спиноза отрицаетъ его и создаетъ пантеистическую философскую систему.

Такъ, Декартъ смотритъ на духъ и на матерію, какъ на двѣ самостоятельныя субстанціи, Спиноза разсматриваетъ ихъ какъ двѣ формы проявленія единаго первоначала, единой субстанціи, Лейбницъ отождествляетъ понятіе субстанціи съ понятіемъ силы и отрицаетъ самостоятельное значеніе матеріи, признаетъ ее только формой представленія внѣшняго міра, а Христіанъ Вольфъ опять возвращается къ дуализму Декарта.

Такъ, Декартъ признаетъ свободу воли и возможность чуда, Спиноза отрицаетъ то и другое и подчиняетъ весь міръ закону причинной связи, Лейбницъ отрицаетъ свободу воли, но признаетъ возможность чуда, поскольку оно противорѣчитъ только опыту, но не логикѣ. Вольфъ и въ особенности Реймарусъ опять отрицаютъ возможность чудесъ.

3) Это поразительное шатаніе мысли, эта неустойчивость во взглядахъ сказывается не только въ основныхъ вопросахъ философіи, она съ неменьшей силой проявляется и въ ученіи раціоналистической школы о правѣ и государствѣ.

Раціонализмъ въ области права породилъ *школу естественнаго права.*

Самое понятіе естественнаго права, какъ мы видѣли, встрѣчается еще у греческихъ философовъ и римскихъ юристовъ. Но дальше нѣкоторыхъ отрывочныхъ замѣчаній о противоположности, существующей между нимъ и положительнымъ правомъ, мыслители древности не пошли.

Въ средневѣковой философіи естественное право отождествлялось съ нравственностью, какъ это мы видѣли при изложеніи ученія Ѳомы Аквината.

Раціоналистическая школа понимаетъ подъ естественнымъ правомъ *отвлеченную систему права, вытекающую съ логической необходимостью изъ разумной природы человѣка* и существующую наряду съ положительнымъ правомъ.

Отцомъ школы естественнаго права слѣдуетъ признать Гуго *Гроція.*

Любопытно замѣтить, что его знаменитое сочиненіе «о правѣ войны и міра», въ которомъ онъ развиваетъ свои взгляды на естественное право, появилось въ свѣтъ нѣсколькими годами раньше, чѣмъ основатель раціоналистической философіи Декартъ успѣлъ опубликовать первую свою работу, «разсужденіе о методѣ», въ ко-

торой онъ намѣтилъ теоретическія основы новаго міровоззрѣнія. Видно, новыя идеи носились по воздуху.

Гроцій утверждаетъ существованіе вѣчнаго, неизмѣннаго естественнаго права, отличнаго какъ отъ положительнаго права, такъ и отъ божественныхъ велѣній.

Естественное право существуетъ не только независимо отъ воли Бога, но не обусловлено даже существованіемъ Бога; еслибы даже допустили преступную мысль, говоритъ Гроцій, что Бога нѣтъ, то всетаки естественное право существовало бы.

И такъ, Гроцій проводитъ рѣзкую грань между правомъ и религіей.

Источникомъ естественнаго права является *соціальная природа* или соціальный инстинктъ человѣка, который побуждаетъ людей стремиться къ мирному и разумно организованному общенію. И такъ, основа естественнаго права чисто *этическая*, моментъ пользы не играетъ тутъ никакой роли. Это явствуетъ и изъ опредѣленія Гроція: «естественное право есть предписаніе истиннаго разума, которое сообщаетъ всякому дѣйствію въ зависимости отъ соотвѣтствія или несоотвѣтствія его съ самой разумной и соціальной природой человѣка характеръ нравственно предосудительнаго или нравственно необходимаго дѣйствія».

Въ частности, естественное право предъявляетъ четыре основныя *требованія* къ людямъ: 1) воздержаніе отъ чужихъ благъ (или уваженіе чужой собственности), 2) обязательность соблюденія договоровъ, 3) необходимость вознагражденія за причиненный по винѣ одного лица другому убытокъ, и 4) въ случаѣ уклоненія лица отъ исполненія его обязанностей—наказаніе виновнаго.

Съ другой стороны, естественное право, какъ право, вытекающее изъ разумной природы человѣка, заставляетъ признать существованіе извѣстныхъ *прирожденныхъ правъ* людей, какъ то: право на жизнь, свободу, личную неприкосновенность, право на завладѣніе никому не принадлежащихъ вещей и свобода заключенія договоровъ.

Люди первоначально живутъ въ естественномъ состояніи свободы, не зная частной собственности. Послѣ грѣхопаденія, возрастающее себялюбіе со временемъ породило частную собственность, различіе національностей и государствъ, рабство и войну.

Государство представляетъ собою совершенный союзъ свободныхъ людей, (установляемый въ интересахъ спокойнаго пользованія каждымъ его правами и въ интересахъ общей пользы) *путемъ от-*

крытаго или молчаливаго договора, въ силу котораго люди обязуются подчиняться большинству или тому, кому они передаютъ власть.

Общимъ субъектомъ государственной власти является самъ народъ; наряду съ нимъ существуетъ еще особый. ближайшій субъектъ власти въ лицѣ правителя или правителей.

Съ образованіемъ государства кладется начало для созданія системы *положительнаго, волюнтарнаго права*, задача котораго должна заключаться однако не въ устраненіи, а только въ болѣе точной разработкѣ и дополненіи началъ естественнаго права.

Таковы высоко гуманныя отправныя положенія Гроція. Съ ними однако не всегда согласуются конечные выводы, къ которымъ онъ приходитъ.

Такъ, исходя изъ неограниченной свободы заключенія договоровъ съ одной стороны и изъ безусловной обязательности соблюденія ихъ съ другой, онъ приходитъ къ тому заключенію, что какъ частныя лица, такъ и народъ могутъ отказатся по договору отъ всякихъ правъ въ пользу опредѣленнаго лица. Въ первомъ случаѣ возникаетъ рабство, во второмъ—деспотическое государство. И то и другое представляется слѣд. вполнѣ правомѣрнымъ, вполнѣ согласнымъ съ началами естественнаго права, такъ какъ составляетъ логическій выводъ изъ допущенныхъ Гроціемъ посылокъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ такой выводъ явно противорѣчитъ общимъ тенденціямъ его ученія.

Обращаясь засимъ къ общей оцѣнкѣ теоріи Гроція, нельзя не замѣтить, что въ ней сказываются всѣ недостатки философскаго раціонализма вообще и школы естественнаго права въ особенности. Безграничная вѣра въ разумъ, полное пренебреженіе къ реальной дѣйсвительности и какъ слѣдствіе этого—отсутствіе всякихъ историческихъ перспективъ, отрицаніе всякаго и тѣмъ болѣе закономѣрнаго развитія, бозпочвенность исходныхъ положеній и противорѣчія въ выводахъ, наконецъ—постоянное смѣшеніе того, что есть, съ тѣмъ, что должно быть.

Этимъ конечно нисколько не умаляется важное историческое значеніе труда Гроція.

По богатству новыхъ мыслей, по талантливости изложенія, по важности многихъ впервые затронутыхъ въ немъ проблеммъ онъ представляетъ собою явленіе изъ ряду вонъ выходящее, приковавшее къ себѣ въ свое время вниманіе всего образованнаго общества,

и оказавшее весьма важное вліяніе на всю послѣдующую разработку основныхъ вопросовъ права.

4) Мы идемъ дальше. По пути, указанному Гроціемъ, пошолъ цѣлый рядъ другихъ мыслителей. И при этомъ повторяется то самое явленіе, на которое было указано выше при разборѣ обще философскаго раціонализма.

Исходя изъ одного и того же основнаго положенія о существованіи вѣчнаго, неизмѣннаго естественнаго права, каждый сталъ понимать это вѣчное неизмѣнное право по своему.

Разногласіе во взглядахъ начинается уже по вопросу о томъ, въ чемъ заключается ближайшій источникъ этого права и въ частности мотивъ къ переходу изъ естественнаго состоянія въ гражданское.

Мы видѣли, что самъ Гроцій считалъ такимъ источникомъ *соціальный инстинктъ* человѣка, побуждающій людей стремиться къ разумно-организованному общенію.

Спиноза напротивъ полагалъ, что такимъ источникомъ является *инстинктъ самосохраненія*; въ естественномъ состояніи каждый имѣетъ столько права, сколько силы; это порождаетъ борьбу всѣхъ противъ всѣхъ, а проистекающее отсюда чувство страха побуждаетъ людей стремиться къ мирному общенію.

Томазій выводилъ естественное право изъ стремленій человѣческой природы къ счастію, Лейбницъ и Вольфъ—изъ стремленія ея къ совершенствованію, Кантъ смотритъ на естественное право какъ на логическій выводъ изъ разумной природы человѣка. ~~какъ таковой~~.

Не менѣе разногласій возникло по другимъ вопросамъ.

Такъ, по вопросу о прирожденныхъ правахъ (о правѣ на свободу, честь и т. д.) одни, какъ напр. Гроцій, исходя изъ безграничной свободы дѣйствій каждаго, приходили къ тому выводу, что эти права могутъ быть такъ-же отчуждены, какъ и всѣ остальныя; другіе, напр. Руссо, исходя изъ абстрактнаго понятія свободы, высказывались за неотчуждаемость ихъ.

Тоже по вопросу объ обязательности договоровъ. Одни, исходя изъ абстрактнаго понятія свободы, признаютъ принудительное осуществленіе договоровъ несогласнымъ съ естественнымъ правомъ; другіе, напирая на реальную свободу дѣйствій, возводятъ обязательность соблюденія договоровъ въ верховный принципъ права.

Словомъ, нѣтъ такого вопроса, на который нельзя бы было найти

діаметрально противоположные отвѣты въ литературѣ естественнаго права.

Въ результатѣ получается совершенно безплодная борьба личныхъ взглядовъ и мнѣній, ничуть не подвигающая впередъ главной задачи,—научнаго, объективнаго выясненія основныхъ проблеммъ реально-существующаго, а не вымышленнаго права.

5) Своего апогея школа естественнаго права достигла при *Кантѣ*.

Этотъ великій мыслитель стоитъ на рубежѣ двухъ эпохъ. Въ области теоретической философіи онъ пришелъ къ убѣжденію, что весь *матерьялъ*, надъ которымъ оперируетъ нашъ разумъ, чисто опытнаго происхожденія; этимъ матерьяломъ являются отдѣльныя, разрозненныя *впечатлѣнія*, получаемыя нами извнѣ. Разумъ отъ себя привноситъ только *формы* воспріятія (пространство и время) и формы мышленія (понятія субстанціи, причинности, единства и множественности и т. д.).

При помощи этихъ формъ онъ располагаетъ полученныя имъ извнѣ разрозненныя впечатлѣнія въ извѣстномъ стройномъ порядкѣ. Это какъ бы *калейдоскопъ:* изъ разрозненныхъ стеклышковъ—отдѣльныхъ впечатлѣній, при помощи свойственныхъ разуму формъ воспріятія и мышленія складывается цѣльная, богатая картина—картина окружающаго насъ міра: отдѣльныя впечатлѣнія располагаются въ пространствѣ и времени, постоянныя комбинаціи впечатлѣній объединяются при помощи понятія субстанціи подъ именемъ вещей, и т. д.

Исходя изъ такихъ посылокъ, допуская, что весь матерьялъ нашихъ знаній опытнаго происхожденія, Кантъ естественно долженъ былъ придти къ отрицанію самой возможности сверхопытнаго знанія. Мы познаемъ только явленія, а не «вещи сами по себѣ» говоритъ онъ.

Таковы взгляды Канта въ области теоретической философіи. Совсѣмъ иной характеръ носитъ его *практическая* философія.

Въ области практической философіи, въ области вопросовъ религіозныхъ, нравственныхъ и въ сферѣ права, господствуетъ не теоретическій, а практическій разумъ или *разумная воля.*

Практическій разумъ выставляетъ рядъ *постулатовъ*, которые, правда, не могутъ быть доказаны теоретически, но не могутъ быть и опровергнуты. А послѣдняго достаточно, говоритъ Кантъ, для признанія законности, истинности ихъ. Эти постулаты суть: утвержденіе бытія Бога, свободы воли и безсмертія души.

Изъ сказаннаго явствуетъ, что въ области практической философіи Кантъ остался вѣренъ традиціямъ раціонализма.

Это сказалось въ частности и во взглядахъ его на вопросы права. Въ этой области Кантъ не только сохранилъ, но и развилъ ученіе о естественномъ правѣ.

Положенія, установленныя имъ, почти безъ измѣненій вошли въ кодексъ позднѣйшихъ правовѣрныхъ раціоналистовъ права. Онѣ, согласно мѣткой характеристики Шталя, сводятся къ слѣдующему:

a) Ученіе о естественномъ или разумномъ правѣ должно исходить изъ предположенія о *естественномъ состояніи* въ противоположность гражданскому состоянію.

b) Изъ природы или разума человѣка слѣдуетъ, что человѣкъ долженъ пользоваться *свободой* какъ внутренней, такъ и внѣшней. Законы *внутренней* свободы человѣка образуютъ область *морали*, законы *внѣшней* свободы его—область *права*.

c) Внѣшняя свобода, присущая человѣку какъ разумному существу, сама по себѣ *безгранична*. Но такъ какъ объектъ этой внѣшней свободы, т. е. внѣшній міръ, есть одинъ для всѣхъ, то безграничная свобода всѣхъ привела бы ко взаимному уничтоженію всякой свободы. Поэтому разумъ требуетъ ограниченія ея въ силу *начала сосуществованія*, которое гласитъ: *всякій долженъ ограничить свою свободу настолько, чтобы съ нею могла бы ужиться свобода другихъ*.

Эта безграничная свобода индивида, ограничиваемая равной съ нею свободой остальныхъ, и составляетъ *изначальное право человѣка*.

d) Изъ начала сосуществованія ~~свободы~~ вытекаютъ *прирожденныя права* (т. е. право на личную неприкосновенность жизни, здоровья, свободы передвиженія и т. д.,) дальше *право собственности* и *обязательность договоровъ*.

e) Возникновеніе всѣхъ остальныхъ институтовъ можетъ быть объяснено только *путемъ договорнымъ*.

Одинъ изъ видовъ договора составляетъ *общественный договоръ* На основаніи его возникли *семья, церковь* и, наконецъ, *государство*.

Изъ всѣхъ этихъ формъ общежитія безусловно необходимымъ является только государство, которое представляетъ собою *союзъ для принудительнаго проведенія въ жизнь начала сосуществованія*. Поэтому все, что не вытекаетъ изъ этого начала и не служитъ ему, не должно являться предметомъ общественнаго принужденія.

Таково въ общихъ чертахъ ученіе естественной школы въ наиболѣе законченномъ и вмѣстѣ съ тѣмъ наиболѣе абстрактномъ ея видѣ.

§ 49. Эмпиризмъ и эмпирическое направленіе въ правѣ.

1) Почти одновременно съ зарожденіемъ раціонализма во Франціи зародился и эмпиризмъ въ Англіи. Первое крупное произведеніе англійской эмпирической школы «Новый органонъ» Франсиса Бэкона, появилось даже нѣсколько раньше перваго труда Декарта, именно въ 1620 гооу.

Бэконъ доказывалъ, что единственнымъ источникомъ знанія можетъ служить только опытъ, а единственно надежныя средства для пріобрѣтенія знаній,—*экспериментъ* и *индуктивный методъ*.

Ученіе Бэкона было развито и дополнено *Гоббесомъ*, *Локкомъ* и *Юмомъ*, которые обратили тщательнѣйшее вниманіе на психологическую основу опытнаго знанія и разработали ученіе о представленіяхъ какъ первичныхъ элементахъ, изъ которыхъ складывается все наше знаніе объ окружающемъ мірѣ и о насъ самихъ.

2) Гоббесъ и Локкъ имѣютъ важное значеніе и для философіи права.

Нельзя однако не замѣтить, что въ этой области эмпирическая точка зрѣнія не была выдержана ими. Объясняется это отчасти вліяніемъ началъ школы естественнаго права, отъ котораго они не могли отдѣлаться, отчасти общимъ неудовлетворительнымъ состояніемъ науки права, въ особенности отсутствіемъ подготовительныхъ работъ по исторіи права.

То и другое заставило ихъ положить въ основаніе ученія о правѣ гипотезу естественнаго состоянія и гипотезу договорнаго происхожденія государства.

Этимъ сходствомъ отправныхъ точекъ зрѣнія однако и ограничивается сходство ихъ теорій съ ученіями школы естественнаго права.

Въ остальномъ, въ деталяхъ сказывается ихъ стремленіе поставить ученіе о правѣ и въ частности о государствѣ на реальную почву, на почву фактовъ.

а) Гоббесъ при построеніи своей теоріи исходитъ изъ чисто эгоистическаго принципа.

Основное чувство человѣка есть *чувство самосохраненія*, стремленіе поддержать собственное существованіе. Въ естественномъ состояніи это чувство приводитъ къ безпощадной борьбѣ всѣхъ противъ всѣхъ. Единственнымъ выходомъ изъ этого невозможнаго состоянія служитъ основаніе государства. Оно возникаетъ на основаніи договорнаго соглашенія между людьми. Цѣль этого соглашенія—прекращеніе всеобщей войны всѣхъ противъ всѣхъ. Ради этой цѣли люди отказываются отъ всѣхъ своихъ правъ и переносятъ ихъ на государство: оно въ этомъ смыслѣ есть всепожирающій левіаѳанъ.

Цѣли, преслѣдуемыя государствомъ, лучше всего достигаются въ случаѣ концентраціи всей власти въ рукахъ одного лица. Съ этой точки зрѣнія Гоббесъ отстаиваетъ *абсолютизмъ* какъ лучшую форму правленія. Но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ усиленно подчеркиваетъ договорный характеръ происхожденія его. Общественный договоръ есть исключительно дѣло рукъ человѣческихъ, и было бы совершенно неправильно основывать государственную власть на милости Божіей.

Изъ всеобъемлющаго характера государственной власти Гоббесъ между прочимъ дѣлаетъ такой выводъ: никто не долженъ имѣть собственныхъ мнѣній и убѣжденій, не раздѣляемыхъ государствомъ. Это относится въ особенности и къ религіи. Государство, санкціонируя извѣстное церковное ученіе, тѣмъ самымъ возводитъ его со степени простаго суевѣрія на степень государственной религіи, и съ этого момента для всѣхъ гражданъ обязательно исповѣдывать эту религію.

Чѣмъ же объясняются изложенныя крайности въ ученіи Гоббеса? Они не представляютъ плодъ апріорныхъ соображеній, а вытекаютъ изъ наблюденій, которыя ему приходилось дѣлать надъ современной ему англійской жизнью.

Онъ жилъ въ періодъ англійской революціи, былъ свидѣтелемъ общественныхъ неурядицъ, сопровождавшихъ ее, очевидцемъ крайнихъ проявленій религіознаго фанатизма пуританъ, и эти факты опредѣлили его политическія убѣжденія, сдѣлали его сторонникомъ абсолютизма, отъ котораго онъ ждалъ возврата къ болѣе мирной жизни.

b) Совсѣмъ иныхъ воззрѣній держался Локкъ. Исходя, какъ и Гоббесъ, изъ предположенія о томъ, что первоначально люди жили въ естественномъ состояніи, онъ полагаетъ, что это естественное состояніе было состояніемъ не войны, а мира, ибо если тогда и не

существовало гражданскихъ законовъ, но за то существовалъ законъ естественный, отождествляемый Локкомъ съ божескимъ закономъ.

Однако, испорченность однихъ людей и слабость другихъ побудила людей искать болѣе надежныхъ гарантiй противъ нарушителей закона, чѣмъ какими можетъ располагать въ силу естественнаго же закона отдѣльный индивидъ. И вотъ люди заключаютъ общественный договоръ, учреждаютъ государство, передавая ему право наказывать нарушителей закона.

Вмѣстѣ съ тѣмъ къ государству переходятъ и другiя права, необходимыя для осуществленiя возлагаемыхъ на него задачъ, а именно власть законодательная, исполнительная и право вести войну и заключать миръ (т. н. союзная власть).

Однако, государственная власть не должна злоупотреблять своими правами, и для болѣе дѣйствительнаго обезпеченiя интересовъ гражданъ противъ злоупотребленiй Локкъ требуетъ раздѣленiя законодательной и исполнительной власти. Законодательная власть должна быть осуществляема народными представителями, которые должны имѣть право контроля надъ исполнительной властью.

Въ случаѣ нарушенiй государственной властью правъ гражданъ, послѣднiе имѣютъ *право сопротивленiя*.

Такимъ образомъ, Локкъ является защитникомъ *конституцiонализма*, защитникомъ того государственнаго устройства, которое въ его время окончательно сформировалось въ Англiи.

3) Мысли Локка были развиты дальше знаменитымъ *Монтескье* въ его сочиненiи «о духѣ законовъ». Монтескье окончательно перенесъ центръ тяжести политическихъ изслѣдованiй съ индивидуума на государство.

«Своею задачею, говоритъ проф. Бершадскiй, онъ ставитъ не начертанiе идеальныхъ правъ для всѣхъ временъ и народовъ, а изслѣдованiе тѣхъ условiй, въ силу которыхъ съ наибольшею вѣроятностью у того или у другаго народа явятся извѣстные, такiе именно, а не другiе законы».

Законы, говоритъ Монтескье, должны находиться въ соотвѣтствiи съ природою страны, ея климатомъ, почвою, положенiемъ страны, ея величиною, образомъ жизни ея населенiя, съ размѣрами свободы, допускаемыми государственнымъ устройствомъ, религiею жителей и т. д.

Совокупность отношенiй, вытекающихъ изъ природы необходимыхъ элементовъ общенiя, составляетъ духъ законовъ.

Въ частности, на духъ законовъ оказываетъ важное вліяніе природа и принципъ формы правленія.

Формы правленія по природѣ своей подраздѣляются на 1) *республики*, гдѣ суверенная власть принадлежитъ всему народу или части его; въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ *демократіей*, во второмъ—съ *аристократіей*; 2) *монархіи*, гдѣ правитъ одинъ, но согласно установленнымъ законамъ; 3) *деспотіи*, гдѣ тоже правитъ одинъ, не стѣсняемый однако никакими законами.

Каждой формѣ правленія соотвѣтствуетъ извѣстный принципъ, извѣстное начало, движущее данной формой правленія. Въ частности, принципомъ монархіи является честь, принципомъ демократіи—*добродѣтель*, принципомъ аристократіи—*умѣренность*, наконецъ принципомъ деспотіи—*страхъ*.

Законы каждой страны должны сообразоваться съ существующей въ ней формой правленія. Нѣтъ поэтому общаго для всѣхъ людей кодекса правъ, нѣтъ и общей для всѣхъ мѣры свободы.

Говоря о свободѣ, Монтескье имѣетъ въ виду политическую свободу.

Онъ опредѣляетъ ее слѣдующимъ образомъ: «Свобода политическая состоитъ не въ возможности дѣлать все, что угодно. Въ государствѣ, т. е. обществѣ, въ которомъ существуютъ законы, *свобода есть право дѣлать то, что дозволяется законами*. Тамъ, гдѣ всякій можетъ дѣлать то, что законами воспрещается, нѣтъ свободы.»

Затѣмъ, Монтескье переходитъ къ вопросу о томъ, какъ должно быть устроено государство для того, чтобы въ немъ осуществлялась свобода.

Отвѣтомъ на этотъ вопросъ служитъ у него *ученіе о раздѣленіи властей законодательной, исполнительной и судебной*, причемъ законодательная власть должна принадлежать парламенту, состоящему изъ двухъ палатъ: палаты представителей и палаты аристократовъ.

§ 50. Современная историческая школа права.

1) Какъ раціоналистическая, такъ и эмпирическая школа права страдала однимъ общимъ недостаткомъ: и той, и другой была чужда идея закономѣрнаго развитія права.

Мысль о томъ, что явленія культурной жизни человѣчества не представляютъ ни нѣчто неизмѣнно существующее, ни капризную смѣну случайно чередующихся явленій, а представляютъ продуктъ органическаго роста, который подчиняется своимъ своеобразнымъ законамъ, впервые явственно обозначилась въ нѣмецкой просвѣтительной литературѣ конца прошлаго столѣтія.

Первоначально это развитіе понималось въ смыслѣ извѣстнаго поступательнаго движенія впередъ, которое идетъ къ заранѣе намѣченной, хотя и недоступной намъ цѣли.

Этотъ новый взглядъ долженъ былъ отозваться и на наукѣ права. Здѣсь онъ породилъ новую, историческую школу права, и новую философію права.

Основателями исторической школы являются *Гуго* и *Савиньи*. Оба доказываютъ, что положительное право не есть внѣшній аггрегатъ случайныхъ законоположеній, изданныхъ въ разное время разными законодателями, но что оно составляетъ продуктъ культурной жизни народа, или, какъ выражается Савиньи, продуктъ народнаго духа. Поэтому, чтобы дѣйствительно понять право, необходимо изучить исторію его. Въ этомъ направленіи Савиньи и дѣйствовалъ, посвящая всѣ свои силы и свой глубокій умъ спеціально изученію римскаго права въ историческомъ и догматическомъ отношеніи. Что же касается философскаго обоснованія новой доктрины, то онъ предоставилъ это своимъ послѣдователямъ. Самъ онъ не былъ приверженцемъ опредѣленной философской системы и мало интересовался философскими вопросами.

2) Ближайшіе послѣдователи его уже находятся подъ сильнымъ вліяніемъ современныхъ имъ философскихъ системъ.

Особенно сильно было вліяніе системъ *Гегеля* и *Шеллинга*.

а) Общая тенденція этихъ двухъ, какъ и остальныхъ метафизическихъ системъ начала нынѣшняго вѣка, состоитъ въ томъ, чтобы связать опытное знаніе съ сверхъопытнымъ.

Связующимъ звеномъ между чувственнымъ и сверхчувственнымъ міромъ служитъ та же *идея развитія*, понимаемая однако весьма своеобразно.

Абсолютъ, (который характеризуется то какъ міровое я, то какъ міровой разумъ, то какъ міровой духъ, то какъ абсолютная воля), объективируется въ природѣ, въ исторіи, въ государствѣ. Въ

этихъ различныхъ формахъ объективаціи абсолюта слѣдуетъ усмотрѣть послѣдовательныя стадіи саморазвитія его.

b) Мы не будемъ останавливаться на развитіи этихъ положеній въ отдѣльныхъ философскихъ системахъ, и въ частности оставимъ въ сторонѣ различія во взглядахъ на абсолютъ, существующія между Шеллингомъ и Гегелемъ.

Но мы должны сказать два слова о различіи, существующемъ между обоими мыслителями по вопросу о познаніи абсолюта.

Ни тотъ, ни другой не могли обойти этого вопроса послѣ того, какъ Кантъ ребромъ поставилъ самый вопросъ о возможности сверхопытнаго знанія, знанія абсолюта, и разрѣшилъ его въ отрицательномъ смыслѣ.

Если знаніе абсолюта возможно, то для этого очевидно долженъ существовать особый источникъ познанія внѣ опыта.

По Шеллингу, такимъ источникомъ является *интеллектуальное созерцаніе*, своего рода ясновидѣніе. Внѣшнимъ выраженіемъ добытаго такимъ путемъ познанія является *конструкція*. Въ конструкціи отражается познанная нами путемъ интеллектуальнаго созерцанія внутренняя цѣлостность изучаемыхъ нами предметовъ, которую нельзя дедуцировать логическимъ путемъ, такъ какъ она представляетъ первичный фактъ.

Гегель, напротивъ, создаетъ совершенно произвольную *новую логику*, которая покоится не на законѣ противорѣчія, согласно которому противоположныя понятія исключаютъ другъ друга, а на *принципъ единства противоположностей*; этотъ принципъ выражается въ діалектической тріадѣ тезиса, антитезиса и синтезиса, и гласитъ, что каждое понятіе (тезисъ) содержитъ въ себѣ и противоположное ему понятіе (антитезисъ) и примиреніе обоихъ (синтезисъ); такъ напр., понятіе бытія содержитъ въ себѣ и противоположное ему понятіе небытія и примиряющее оба понятіе становленія.

Разумѣется, что исходя изъ такихъ отправныхъ точекъ зрѣнія, можно доказывать все, что угодно.

c) Что касается въ частности философіи права, то Шеллингъ является основателемъ *органической* философіи права, которая впослѣдствіи была развита *Краузе* и *Аренсомъ*.

Гегель отождествляетъ право съ объективнымъ духомъ, совокупность проявленій котораго онъ и называетъ правомъ; право въ этомъ широкомъ смыслѣ подраздѣляется на *право въ тѣсномъ*

смыслъ или гражданское право, *мораль и нравственность;* подъ послѣдней Гегель понимаетъ связующія людей постоянныя узы, формы человѣческаго общенія: семью, гражданское общество и государство.

3) Отголоски этихъ теорій сказываются у цѣлаго ряда представителей исторической школы, какъ въ общихъ взглядахъ ихъ на право, такъ и въ пріемахъ, къ которымъ они прибѣгаютъ, когда они пытаются осмыслить собранный ими историческій матерьялъ.

Такъ, вліяніемъ Шеллинга объясняется получившая широкое развитіе полумистическая теорія Пухты о народномъ духѣ, какъ основѣ права. Пухта смотритъ на право какъ на продуктъ народнаго правосознанія, которое составляетъ одно изъ проявленій народнаго духа; это народное правосознаніе выражается непосредственно въ обычномъ правѣ и косвенно въ законодательствѣ и правѣ юристовъ.

Вліяніемъ обоихъ философовъ объясняется распространенный и понынѣ среди многихъ ученыхъ юристовъ взглядъ на объективное право, какъ на общую волю и на субъективное право, какъ на признанное объективнымъ правомъ или общей волей конкретное господство частной индивидуальной воли. (см. стр. 55 ?)

Тѣмъ же вліяніемъ объясняется преобладаніе формально-логическаго элемента въ конструкціяхъ болѣе раннихъ представителей исторической школы. Право разсматривается совершенно обособлено, именно какъ саморазвивающійся организмъ; тѣсная связь между нимъ и другими сторонами культурной жизни народа совершенно игнорируется. Конструкціи отдѣльныхъ правовыхъ институтовъ нерѣдко заставляютъ вспоминать о своеобразныхъ взглядахъ Шеллинга на задачи конструкціи; въ нихъ какъ бы сквозитъ стремленіе обнять путемъ конструкціи внутренній потаенный смыслъ института, доступный только интеллектуальному созерцанію

Такъ напр., весьма извѣстный ученый Зомъ слѣдующимъ образомъ характеризуетъ различіе между вещными и личными правами: сущность вещнаго права—это власть, сила, благодаря тому, что вещное право связано съ владѣніемъ; сущность обязательственнаго права—безсиліе, такъ какъ обязательственное право не соединено съ владѣніемъ. И отсюда дѣлается тотъ выводъ, что принудительное осуществленіе обязательственныхъ требованій, строго говоря, противорѣчитъ понятію обязательства.

Другой видный ученый, Кунтце, слѣдующимъ образомъ опредѣляетъ свой взглядъ на объектъ обязательственныхъ правъ: объектомъ обязательственнаго права является воля должника; но однако эта воля связывается не цѣликомъ, а только въ одномъ опредѣленномъ пунктѣ; въ какомъ именно, это явствуетъ изъ основанія, которое породило обязательственное требованіе.

4) Какъ ни существенны однако приведенные недостатки, они съ избыткомъ искупались положительными сторонами новаго направленія.

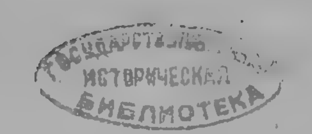
Не слѣдуетъ упускать изъ виду, что основа исторической школы была и осталась *эмпирическая*. Ея задачей было и осталось изученіе положительнаго, реально дѣйствующаго права, и его исторіи. Въ детальномъ изученіи ихъ она находила всегда лучшій *коррективъ* противъ увлеченій отдѣльныхъ своихъ представителей. Безъ гипотезъ, и часто произвольныхъ, нельзя обойтись ни въ одной наукѣ. Опасны не гипотезы, опасно пренебреженіе къ фактамъ, которые служатъ мѣриломъ, критеріемъ правильности гипотезъ. Гдѣ есть возможность опытной провѣрки допущенныхъ нами гипотетическихъ предположеній, тамъ ложная гипотеза долго не удержится. А о такой возможности опытной провѣрки историческая школа не переставала и не перестаетъ заботиться. Она не погнушалась детальныхъ изслѣдованій во всѣхъ областяхъ права, выработала истинно-критическое отношеніе къ источникамъ права, подвергала этотъ сырой матерьялъ юридическихъ наукъ самой тщательной экзегетико-критической обработкѣ, не переставала заботиться о возможной полнотѣ правового матерьяла, не избѣгала неблагодарной работы сличенія и переизданія текстовъ старинныхъ юридическихъ памятниковъ, съ живѣйшимъ интересомъ относилась къ исторіи догмы.

Благодаря такому добросовѣстному и истинно-научному отношенію къ своему предмету, она собрала и образцово разработала богатѣйшій историческій матерьялъ, который затѣмъ легъ въ основаніе догматической разработки права. Этимъ она расчистила путь для всѣхъ позднѣйшихъ изслѣдователей и создала прочный фундаментъ для новыхъ изысканій. Богатый запасъ тщательно собранныхъ и критически провѣренныхъ фактовъ и образцовый методъ разработки ихъ,—вотъ то, что имѣла въ виду дать и что даетъ историческая школа. Въ этомъ ея неоцѣненная заслуга, которую будутъ помнить еще тогда, когда камня на камнѣ не останется отъ

общихъ взглядовъ школы на самоцѣльность права, на роль свободной воли въ правѣ, на происхожденіе права изъ народнаго духа.

Новыя вѣянія въ наукѣ права уже даютъ себя знать. Провозвѣстникомъ ихъ явился недавно умершій *Іерингъ*. Направленіе, заложенное имъ, обыкновенно называютъ историко-философскимъ. Едва ли не правильнѣе будетъ говорить о зарожденіи новой *позитивно-исторической школы*.

Каковы отправныя точки, каковы задачи этого новаго направленія, куда оно должно привести со временемъ, это мы попытались намѣтить въ введеніи къ настоящимъ лекціямъ, въ особенности въ § 4. Одно можно сказать съ увѣренностью: новое направленіе будетъ не антагонистомъ исторической школы, а продолжателемъ дѣла ея.



ВАЖНѢЙШІЯ ОПЕЧАТКИ: *)

Стр.	*Строка.*	*Напечатано:*	*Читать:*
12	18 сн.	его	ее
34	13 св.	сложныя явленія	сложныя духовныя явленія
36	9 сн.	комбинаціямъ	къ комбинаціямъ
»	»	постыхъ	простыхъ
43	18 сн.	обязаностью	общностью
44	1 св.	временную связь	связь
»	13 св.	литературы	литературѣ
»	17 св.	Methoologie	Methodologie
»	7 сн.	Ренненкампферъ	Ренненкампфъ
»	5 сн.	Каралевичъ	Карасевичъ
46	13 св.	порядка	права

*) Страница съ остальными опечатками мною будетъ представлена дополнительно.

Издатель.



